



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Universidad del Perú. Decana de América

Dirección General de Estudios de Posgrado

Facultad de Derecho y Ciencia Política

Unidad de Posgrado

**Los accionistas minoritarios y su protección jurídica en la
sociedad anónima, en el Perú**

TESIS

Para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho
con mención en Derecho Civil y Comercial

AUTOR

Jony Rafael CASTILLO CORREA

ASESOR

Dr. Victor Enrique TORO LLANOS

Lima, Perú
2020



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

Castillo, J. (2020). *Los accionistas minoritarios y su protección jurídica en la sociedad anónima, en el Perú*. [Tesis de maestría, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Unidad de Posgrado]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.

Hoja de metadatos complementarios

Código ORCID del autor	“__”
DNI o pasaporte del autor	16738843
Código ORCID del asesor	0000-0003-0977-9471
DNI o pasaporte del asesor	10331309
Grupo de investigación	“__”
Agencia financiadora	“__”
Ubicación geográfica donde se desarrolló la investigación	Lima, Perú Latitud: -12.062106 Longitud: -77.036526
Año o rango de años en que se realizó la investigación	2018-2020
Disciplinas OCDE	Derecho http://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.01



UNMSM

Firmado digitalmente por RETAMOZO
LINARES Jose Alberto FAU
20148092282 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 11.11.2020 11:35:31 -05:00

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
UNIDAD DE POST GRADO

ACTA DE EXAMEN DE GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO

En la ciudad de Lima, a los treinta días del mes de octubre del año dos mil veinte, siendo las quince horas, bajo la Presidencia del Dr. José Félix Palomino Manchego y con la asistencia de los Profesores: Dr. Víctor Enrique Toro Llanos, Dra. Jesús María Elena Guerra Cerrón, Mg. César Eusebio Ramos Padilla, Dr. Hernando Montoya Alberti y el postulante al Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial, Bachiller don **Jony Rafael CASTILLO CORREA**, procedió a hacer la exposición y defensa pública virtual de su tesis titulada: **“LOS ACCIONISTAS MINORITARIOS Y SU PROTECCIÓN JURÍDICA EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA EN EL PERÚ”**.

Concluida la exposición, se procedió a la evaluación correspondiente, habiendo obtenido la siguiente calificación:

Aprobado con la calificación de catorce (14)

A continuación, el Presidente del Jurado recomienda a la Facultad de Derecho y Ciencia Política se le otorgue el Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial al Bachiller en Derecho don **Jony Rafael CASTILLO CORREA**.

Se extiende la presente acta en dos originales y siendo las diecisiete horas con veinticinco minuto, se dio por concluido el acto académico de sustentación.

Dr. José Félix PALOMINO MANCHEGO
Presidente
Profesor Principal

Dr. Víctor Enrique TORO LLANOS
Asesor
Profesor Principal

Dra. Jesús María Elena GUERRA CERRÓN
Miembro
Profesora Asociada

Mg. César Eusebio RAMOS PADILLA
Jurado Informante
Profesor Auxiliar

Dr. Hernando MONTOYA ALBERTI
Jurado Informante
Profesor Contratado

Página de jurado

Presidente

Secretario

Vocal

Dedicatoria:

A mi amada Esposa Dora Vilca y a mi primogénito Adrián Rafael Castillo Vilca, por significar la renovación de mi existencia.

A Julio y Lidia, mis padres, por haberme formado, de forma incondicional, un hombre de bien, con sólidos valores y, alto sentido de responsabilidad y humildad.

A mis amados mayores hermanos: Jorge Luis, Julio Antonio y Carlos, quienes también contribuyeron con sus consejos de humildad, de tener convicción y de ser perseverante en todo lo que uno se proponga.

Agradecimientos:

A nuestro padre Celestial, Dios Omnipotente y Omnipresente, por darnos la vida, la salud y permitir mi existencia como de los míos.

A mis maestros del pre grado de mi alma mater Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo – Lambayeque.

A mis maestros del PostGrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

A mi asesor de Tesis Dr. Víctor Toro Llanos, Catedrático de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

INDICE GENERAL

Tabla de contenido

Página de jurado	i
Dedicatoria	ii
Agradecimientos	iii
INDICE GENERAL	iv
RESUMEN	vi
ABSTRACT	vii
INTRODUCCIÓN	1
ASPECTOS METODOLÓGICOS	4
<i>i. Situación problemática</i>	<i>4</i>
<i>ii. Formulación del problema</i>	<i>6</i>
ii.a Problema general	6
ii.b Problemas específicos	7
ii.c Justificación de la investigación	7
<i>iii. Objetivos</i>	<i>9</i>
iii.a Objetivo General:	10
iii.b Objetivos específicos:	10
<i>iv. Metodología aplicada</i>	<i>11</i>
iv.a. Tipo y diseño de la investigación	11
CAPITULO I	12
<i>1.1 Antecedentes de la investigación</i>	<i>12</i>
Tesis Nacionales	12
Tesis internacionales	33
<i>1.2 Estado actual de las propuestas doctrinarias de solución al problema</i>	<i>80</i>
a) Intereses de los accionistas minoritarios en la sociedad anónima	146
b) Intereses de los accionistas minoritarios en la sociedad anónima cerrada. ..	148
c) Interés de los accionistas minoritarios en la sociedad anónima abierta	150

	v
i) Derecho a percibir utilidades liquidadas.....	176
j) Derecho a participar en el proceso de liquidación de la sociedad	176
1.2.10 Derecho Comparado.....	198
A) <i>Argentina</i>	198
B. Colombia	204
C. Chile	208
D. Nicaragua.....	209
E. Costa Rica	211
F. Guatemala.....	215
G. España.....	217
H. Sociedad Europea	223
I. Perú.....	224
1.3. <i>Orientación jurisprudencial entorno a la aplicación normativa</i>	263
Sobre la legitimidad constitucional de la operación acordeón.....	285
CAPITULO II ANÁLISIS, TOMA DE POSTURA Y SOLUCION DE LA TESIS PLANTEADA.....	295
2.2. <i>Presentación de la propuesta de solución del problema – postura personal con fundamento teórico</i>	304
CAPITULO III CONSECUENCIAS	319
3.1. Consecuencias de la implementación de la propuesta	319
3.2. Beneficios que aporta la propuesta	320
CONCLUSIONES.....	321
RECOMENDACIONES.....	324
Fuentes legislativas	330
Fuentes jurisprudenciales Nacional:	331
Extranjera:	331
Anexo.....	331

RESUMEN

Los accionistas minoritarios, de acuerdo a nuestra Ley General de Sociedades, que participan dentro de la sociedad anónima, presentan un serio problema, puesto que el poder de control lo tienen los accionistas mayoritarios, que lo ejercen orientando al beneficio de sus propios intereses, perjudicando a las minorías, Vgr. No informando debidamente los balances de los ejercicios económicos, etc., que mellan los derechos e intereses de los minoritarios.

Son los minoritarios, quienes facilitan constituir grandes capitales, que difícilmente podrían conseguirse con dos o tres naturales o jurídicas. Por esta razón, la legislación actual, debería otorgar una adecuada protección jurídica a los accionistas minoritarios, a efectos de garantizar su participación.

El Buen Gobierno Corporativo, es un compendio de recomendaciones de estructuras organizacionales y/o empresariales, que permiten la buena marcha de una empresa, evitando el abuso de las mayorías accionarias sobre los accionistas minoritarios.

Palabras Clave: Los Accionistas minoritarios. Protección Jurídica. Sociedad Anónima. Buen Gobierno Corporativo.

ABSTRACT

Minority shareholders, according to our General Law of Companies, who participate within the corporation, present a serious problem, since the control power is held by the majority shareholders, who exercise it by directing the benefit of their own interests, damaging to minorities. Example. Not duly reporting the balance sheets of the financial years, etc., that dent the rights and interests of the minority shareholders. They are the minority. Who facilitate the creation of large capital, which could hardly be achieved with two or three natural or legal. For this reason, current legislation should grant adequate legal protection to minority shareholders, in order to guarantee their participation. The Good Corporate Governance is a compendium of recommendations of organizational and / or business structures, which allow the smooth running of a company, avoiding the abuse of shareholder majorities over minority shareholders.

Keywords: Minority Shareholders. Legal protection. Anonymous society. Good Corporate Governance

INTRODUCCIÓN

En nuestro Derecho Societario, la Sociedad Anónima es regulada específicamente en 185 artículos de los 227 que contiene el Libro Segundo de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades; los 42 artículos restantes se ocupan de sus Formas Especiales, la Sociedad Anónima Cerrada o SAC y Sociedad Anónima Abierta o SAA. El género es pues la Sociedad Anónima, o SA; las SAC y SAA, son especies de aquélla; a ese género, que vamos a denominar en adelante “Sociedad Anónima Ordinaria”, va orientada la investigación que se inicia con este breve análisis, por ser la que se usa con más frecuencia, vale decir, “ordinariamente”.

La característica general de todas las sociedades anónimas está en la composición de su *capital*, representado por los valores mobiliarios denominados “acciones” y cuya definición legal está contemplada en el artículo 82° de la Ley General de Sociedades:

“Ley N° 26887, Ley General de Sociedades

Artículo 82.- Definición de acción. - Las acciones representan partes alícuotas del capital, toda tienen el mismo valor nominal y dan derecho a un voto, con la excepción prevista en el artículo 164° y las demás contempladas en la presente Ley.”

Asimismo, se encuentra definida en el artículo 257.1° de la Ley N° 27287, Ley de Títulos Valores, que se remite, para fines operativos, a la “ley de la materia” que está dada por el D.S. 093-2002-TUO del D.L. 861, Ley del Mercado de Valores:

“Artículo 257.- Acción

257.1. “La Acción se emite sólo en forma nominativa. Es indivisible y representa la parte alícuota del capital de la sociedad autorizada a emitirla. Se emite en título o mediante anotación en cuenta y su contenido se rige por la ley de la materia.

257.2. Cuando la Acción pertenece a una determinada clase, confiere a su titular exactamente los mismos derechos y obligaciones que las previstas para las demás de su misma clase.

257.3. Los Certificados Provisionales y demás valores que estén permitidos emitir a las sociedades y organizaciones empresariales se rigen por la ley de la materia.

257.4. Pueden emitirse también valores mobiliarios con la denominación de Acciones que no representen el capital de sociedades sino alícuotas o alicuantas de cuentas o fondos patrimoniales distintos, en cuyo caso se registrarán por las disposiciones especiales que les resulte aplicables.”

Las partes alícuotas del capital de las sociedades anónimas son pues las acciones que los accionistas adquieren en número y monto que cada uno libremente decide en el momento de la constitución respectiva. En este acto de aporte se conforman las mayorías y minorías que se expresan con los votos en la Junta General de Accionistas, supremo órgano rector de las sociedades: serán mayoritarios los accionistas que han adquirido la mayor parte de las acciones en el momento del aporte constitutivo, lo que les otorga mayor poder de decisión, por cuanto, ordinariamente, a cada acción corresponde un voto.

Ese mayor poder puede ofender, más o menos abrumadoramente, a los accionistas minoritarios que, en no pocos casos, se abstienen de concurrir a las convocatorias a Junta y dejar la sociedad al buen criterio de la mayoría, concretándose sólo a recibir sus dividendos o utilidades en proporción al número de sus acciones, renunciando a sus llamados “derechos políticos”, es decir, a su participación activa en la gestión vinculada al desarrollo de la empresa que implica el “objeto social”, cuyo logro todos acordaron al constituir la sociedad, tal como establece la Ley General de Sociedades:

“Artículo 11.- Objeto Social: La sociedad circunscribe sus actividades a aquellos negocios u operaciones lícitos cuya descripción detallada constituye su objeto social. Se entienden incluidos en el objeto social los actos relacionados con el mismo que coadyuven a la realización de sus fines, aunque no estén expresamente indicados en el pacto social o en el estatuto.

La sociedad no puede tener por objeto desarrolla actividades que la ley atribuye con carácter exclusivo a otras entidades o personas.”

Cabe, sin embargo, que la mayoría haga uso de poder, ofendiendo, en criterio de los accionistas minoritarios, la unanimidad inicial; la Ley en estos casos, prevé algunas soluciones, como las establecidas en los artículos 63,164,262 y ss., de la Ley General de Sociedades; no obstante, consideramos que dichas soluciones en determinados casos son objetables o insuficientes, por lo que ello configura el problema central de esta investigación; asimismo se propondrán mecanismos adicionales de protección de las minorías accionariales, que serán expresados en la postura de solución al problema y las recomendaciones.

El presente trabajo de investigación, consta de una cuestión preliminar, referida al aspecto metodológico y tres capítulos; el primero de ellos, está referido al estado de la cuestión (antecedentes de la investigación y posición de la doctrina); el segundo capítulo comprende el análisis, la toma de postura y solución de la tesis; y el tercer capítulo versa sobre las consecuencias, conclusiones y recomendaciones como resultado de esta investigación.

ASPECTOS METODOLÓGICOS

i. Situación problemática

El tema, materia de investigación, se denomina “Los Accionistas Minoritarios y su Protección Jurídica en la Sociedad Anónima, en el Perú” en el marco de la Ley N° 26887- Ley General de Sociedades peruana vigente. Cabe precisar que la presente investigación se avoca al estudio de la Sociedad Anónima Ordinaria.

El problema surge, partiendo de la siguiente interrogante: ¿Cómo los accionistas minoritarios logran obtener protección jurídica dentro de la Sociedad Anónima Ordinaria en el Perú?

La protección jurídica del accionista minoritario dentro de una Sociedad Anónima Ordinaria en el Perú, es un tema de investigación novedoso de especial importancia y de interés para las sociedades anónimas que tienen en su seno accionistas mayoritarios como minoritarios; teniendo en cuenta la incorporación de nuevos socios accionistas (generalmente minoritarios) en relación entre quienes representan la mayoría y la minoría del accionariado, en la que han surgido situaciones de abusos de poder de los mayoritarios sobre las minorías accionarias, hechos que durante años ha generado polémica y discrepancias entre quienes propugnan la protección del accionista minoritario y, quienes defienden la posición perentoria de los accionistas mayoritarios, por lo que ha sido y sigue siendo un tema jurídico relevante.

De hecho, el desgaste en dichas relaciones dentro del seno societario, ha traído como consecuencia, que los accionistas mayoritarios lleven a cabo a su libre albedrío procedimientos que no se encuentran previstos en la Ley General de Sociedades; materialicen actuaciones que no guardan transparencia, lealtad ni probidad, en contra de los intereses tanto de la sociedad como de los accionistas minoritarios; reduzcan y aumenten el capital supuestamente para salvar a la sociedad con la evidente intención de perjudicar a los minoritarios y, en beneficio de los mayoritarios, obligando

tácitamente a los minoritarios a vender sus acciones y consecuentemente separarse de la sociedad anónima ordinaria, a lo cual se le conoce como “Operación Acordeón”, que será analizado en el tenor de la presente investigación, etc.; supuestos de hecho que pueden generar procesos administrativos y/o judiciales entre accionistas mayoritarios y minoritarios y/o administrativos, etc.

Es en realidad, uno de los temas societarios importantes que requieren ser estudiados e investigados, por existir aún la problemática que podría originarse por una deficiente e inadecuada regulación societaria, en relación a la protección de las minorías accionarias, motivo por el cual, la Ley General de Sociedades debe ser revisada y analizada con mayor énfasis, específicamente en todo lo relacionado con la Sociedad Anónima Ordinaria, puesto que es el tipo de estructura jurídica societaria, cuya regulación normativa actual no ofrece las garantías jurídicas suficientes para evitar no solamente los abusos de las mayorías accionarias, sino el uso desproporcionado de las acciones legales y/u oposiciones de los accionistas minoritarios en contra de los acuerdos adoptados en pro de la buena marcha de la sociedad anónima ordinaria de tal manera que se garantice, la capitalización de las sociedades anónimas (mercado de capitales), a través del interés de los accionistas minoritarios, quienes por lo general invierten en pequeñas o atomizadas acciones de una determinada sociedad anónima ordinaria.

El factor preponderante, es la sociedad anónima ordinaria, siendo la de mayor importancia, puesto que es ésta a la que apuntan los inversores (accionistas minoritarios generalmente), encontrando aquí la presente investigación su real justificación, buscando siempre una razonable protección jurídica de los socios accionistas en general y la factibilidad de innovar los mecanismos normativos con el objetivo de brindar una adecuada regulación al accionista minoritario, respecto de su protección jurídica en la sociedad anónima ordinaria en el Perú, evitando los conflictos corporativos a causa de la pugna entre mayoritarios y minoritarios.

ii. Formulación del problema

ii.a Problema general

A efectos de precisar el problema general, planteamos la siguiente interrogante:

¿Qué factores internos de la Sociedad Anónima Ordinaria influyen en la protección del accionista minoritario?

Partiendo de la inversión que realizan las personas naturales o jurídicas en una sociedad anónima, relacionada con la protección de los accionistas minoritarios, la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades -en específico, el Capítulo de la Sociedad Anónima- debe ser analizada con especial énfasis, en la medida que, mucho dependerá de la garantía que les ofrezca la legislación societaria a los inversores para lograr un trato equitativo y equilibrado, sin tomar distinción de mayorías o minorías.

Como es de conocimiento, la preocupación de todo inversionista, sean estos minoritarios y/o mayoritarios, es que la recuperación de su inversión se materialice en el menor tiempo posible, no importándole a éstos mucho la vida política de la sociedad; consecuentemente, la situación jurídica del accionista

minoritario tiende a estar en un serio riesgo dentro de una sociedad anónima ordinaria, en tanto y en cuanto, existen determinados vacíos y deficiencias normativas que no garantizan la protección jurídica del citado accionista minoritario, como quiera que, son las mayorías accionarias quienes toman finalmente las decisiones de manera arbitraria, muchas veces en perjuicio de los minoritarios, precisamente, es aquí, donde se generan los conflictos entre mayoritarios, minoritarios, administradores, o entre estos y la sociedad.

ii.b Problemas específicos

Surgen, como parte del problema general, los problemas específicos que se identifican con las siguientes interrogantes:

No por ser secundarios, dejan de importantes para la solución del Principal:

¿Cómo influye la protección de los accionistas minoritarios en la sociedad anónima?

¿Qué incidencia o implicancia tiene la protección de los accionistas minoritarios en la sociedad anónima?

ii.c Justificación de la investigación

La posición y la decisión de quienes ostentan el mayor accionariado dentro de una sociedad anónima ordinaria, desde el punto de vista jurídico societario, significa un serio riesgo, toda vez que, los acuerdos o toma de decisiones adoptados por las mayorías accionarias, muchas de las veces, pueden resultar arbitrarios e irrazonables en perjuicio y/o desmedro de los socios accionistas minoritarios, los mismos que ante esta situación, poco o nada pueden hacer para ejercer una acción legal inmediata que les permita poner ciertos límites o puedan realizar actos de oposición, debido a que, en algunos supuestos de hecho, nuestra legislación societaria no ofrecería una adecuada regulación o

porque en otros casos concretos, simplemente la Ley General de Sociedades no los ha recogido o no se encuentran previstos, es decir que, existirían vacíos o deficiencias en el mencionado cuerpo normativo en lo que respecta a las sociedades anónimas, factores que, prima facie, no permitiría tener una adecuada regulación normativa que brinde una adecuada protección jurídica al accionista minoritario dentro de la sociedad anónima, máxime cuando se trata de cuestiones pecuniarias o crematísticas, como son la titularidad de acciones que forman parte del capital o del patrimonio social, que es la parte más sensible, cuando se trata, por ejemplo: de una reducción; aumento del capital o de las limitaciones o recortes del uso de los derechos de adquisición o suscripción preferente, entre otros; supuestos en los cuales los minoritarios son quienes podrían resultar más afectados.

Esta pluralidad de información, hechos y circunstancias determinan un enfoque más amplio que va más allá de la Ley General de Sociedades, ya que involucra la observancia y aplicación de normas blandas, normas de derecho interno, jurisprudencias, etc. De ahí la importancia de establecer criterios o propuestas con el objeto de reformar nuestra legislación societaria en cuestiones puntuales relacionados con el tema de la presente investigación a fin de alcanzar una adecuada regulación de sociedades en pro de un tratamiento justo tanto para el accionista mayoritario como el minoritario que ofrezca una adecuada protección jurídica dentro de la Sociedad Anónima Ordinaria en el Perú, como medianamente se encuentra regulado para las Sociedades Anónimas Abiertas en la Ley General de Sociedades.

Ahora bien, en este mundo globalizado en el que predomina la estructura de la Economía Social de Mercado que ha sido recogida por nuestra Constitución de 1993, donde se busca no sólo el interés y el beneficio de los agentes del mercado, sino el interés de cada persona natural o jurídica y el beneficio de la organización societaria en general, es decir el interés social donde debe primar el equilibrio en todas las sociedades comerciales, en las que intervienen una

serie de derechos constitucionales, como el derecho de propiedad; el derecho de la iniciativa privada, el derecho de libertad de empresa, de suscripción preferente, del debido procedimiento, los mismos que son ejercidos teniendo en cuenta los valores y principios generales del Derecho, a fin de conseguir una convivencia de paz y armoniosa, libre de actos abusivos del derecho, de medidas arbitrarias e irrazonables y de indebidos procedimientos que traen como consecuencia el perjuicio económico de los minoritarios; evitando el abuso de poder de la mayoría, de tal manera que la mayoría interprete y forme la voluntad social en armonía con el mencionado interés social.

Es por ello la importancia y justificación de la presente investigación, dado que concierne a un tema que se presenta en casos sonados dentro de las sociedades comerciales en nuestro país, asimismo se puede ver estos casos en el mundo; por lo que resulta necesario dar respuesta al problema, respecto a las minorías accionarias y su protección jurídica en la Sociedad Anónima Ordinaria en el Perú, así como determinar los factores internos de dicha sociedad, que influyen en la protección del accionista minoritario, máxime cuando ésta encuentra su justificación en las garantías constitucionales que, enarbola la salvaguarda el derecho de propiedad a fin de proscribir el ejercicio abusivo del derecho.

iii.Objetivos

Los objetivos de la presente investigación son los siguientes:

iii.a Objetivo General:

Analizar la Ley N°26887, Ley General de Sociedades-LGS en torno a las soluciones previstas por ésta, respecto a la protección jurídica de los accionistas minoritarios, a efectos de lograr el crecimiento y el desarrollo armonioso de la sociedad anónima es el principal objeto de esta investigación, ofreciendo alternativas de solución adicionales frente al problema de la desventaja de las minorías frente a las mayorías accionarias o excesos de poder de los accionistas mayoritarios sobre las minorías accionarias..

iii.b Objetivos específicos:

Determinar las causas que generan las desventajas de las mayorías o excesos de poder de los accionistas mayoritarios sobre los accionistas minoritarios y, buscar las formas de evitarlos, pudiendo esbozarse varios y muy importantes contenidos en el Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas, que se adjuntan como Anexo I de esta tesis y de los cuales enunciamos los siguientes, por considerarlos prioritarios y que desarrollaremos más adelante:

- i. Paridad de trato;
- ii. Participación de los accionistas;
- iii. No dilución en la participación en el capital social;
- iv. Información y comunicación a los accionistas;
- v. Participación en dividendos de la sociedad;
- vii. Arbitraje para solución de controversias.

Asimismo, identificar el o los problemas que se presentan en la aplicación de la normatividad vigente de sociedades, respecto a la protección de las minorías accionarias y cuáles son los efectos que provoca la actual regulación del ordenamiento jurídico societario respecto de los derechos conculcados de los accionistas minoritarios.

iv. Metodología aplicada

iv.a. Tipo y diseño de la investigación

Tipo de Investigación:

El tipo de investigación a realizar es Jurídica, respecto de su metodología aplicada, toda vez que, para el desarrollo de la presente tesis, se necesita efectuar un análisis de la Ley General de Sociedades nacional y, su influencia en el accionista minoritario y su protección jurídica en la sociedad anónima en el Perú.

Diseño de Investigación:

El Diseño es de carácter dogmático, toda vez que, la presente investigación está amparada en fundamentos o principios jurídicos que rige la doctrina comercial y/o mercantil, en el que subyace el derecho societario, básicamente tomando referencias estudios e investigaciones (tesis y/o jurisprudencias) que poseen un alto grado de aprobación y, de útil importancia para la materia de la presente investigación; haciendo derecho comparado, respecto de cómo se regula la protección del accionista minoritarios; determinar cuáles son las causas que origina el problema del abuso de las mayorías accionarias sobre las minorías y dar respuesta de solución al problema y a los objetivos planteados en torno al accionista minoritario y su protección jurídica en la Sociedad Anónima en el Perú.

CAPITULO I

ESTADO DE LA CUESTIÓN

1.1 Antecedentes de la investigación

La revisión de investigaciones relacionadas con el tema, se centra en la recopilación de tesis de postgrado de Maestría y Doctorado, donde se abordan las variables de estudio o se publican experiencias relacionada al tema de investigación. De ésta búsqueda de más de 30 documentos relacionados con el tema, se depuraron aquellos que no contaban con un enfoque cuantitativo de sus variables, o cuya instrumentalización estuviera alejada del presente campo de investigación. De la selección final, sólo se eligieron cuatro (04) tesis nacionales, y cuatro (04) tesis internacionales.

Tesis Nacionales

Se examinó cuatro Tesis Nacionales: Unas (04) Tesis de Maestría en las cuales se identificaron diferentes factores que influyen en la Sociedad Anónima, relacionada con la Protección del o los Accionista(s) Minoritario(s) pudiendo identificarse similitudes y diferencias entre ellas, características particulares, principios societarios, ventajas y desventajas al igual que su aplicabilidad en el ámbito comercial o mercantil.

- A.** Sobre la Tesis “LA NULIDAD Y LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS, SU PROBLEMÁTICA EN MATERIA CIVIL Y SOCIETARIA”, se encuentra ubicado en la ciudad de Lima y fue sustentado por el autor Cieza J.(2011) para obtener el grado de académico de Magister en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial de la Escuela de Post Grado de la UNMSM.

El autor de la tesis (Cieza Mora, 2011) se concentra en el artículo 150° de la LGS, y señala lo siguiente:

“Esta institución se confunde y superpone en la práctica con la figura de la Impugnación Judicial de Acuerdos, la misma que se encuentra ordenada en el artículo 139 de la LGS. Similar confusión se presenta en el ordenamiento civil en el cual las causales de impugnación judicial de acuerdos prevista en el artículo 92 del Código Civil se asimilan con las de nulidad del Acto Jurídico previstas en el artículo 219 del Código Civil. En el formante jurisprudencial peruano existe también una superposición de conceptos cuando se habla de las causas para invocar la nulidad o la impugnación de determinado acuerdo en materia societaria, lo cual genera incertidumbre jurídica y se constituye en un obstáculo para el tráfico comercial. Se requiere de una sistematización de estos artículos que regule y distinga”. (p. 5)

Datos bibliográficos:

“ALDANA DURÁN, MARIELLA. Impugnación Judicial de Acuerdos. Comentarios al artículo 92° del Código Civil. En Código Civil comentado. Tomo I Gaceta Jurídica Editores. 2003”.

“ALIAGA HUARIPATA, LUÍS. En Código Civil comentado. Tomo I. Gaceta Jurídica Editores. 2003.”

“ABRAMOVICH ACKERMAN, DANIEL. La problemática de la impugnación y nulidad de acuerdos en la LGS. En Themis. Revista de Derecho de la PUCP N° 47. Libre Competencia.”

“BEAUMONT CALLIRGOS, RICARDO, Comentarios a la Nueva LGS. Gaceta Jurídica Editores. Primera Edición, 1998.”

“BORDA, GUILLERMO, Retroactividad de la Ley y derechos Adquiridos N° 39. Buenos Aires, 1969.”

“CARRERA GIRAL, JUAN Y CARRERA LOZANO, ENRIQUE, Ley de Sociedades

Anónimas. Vol II 5ª Edición. Editorial Bosch. Barcelona. 1991.”

“DE BELAUNDE LOPEZ DE ROMANA, JAVIER. Reforma del Código Civil y las Personas Jurídicas En Congreso de la República: Reforma de Códigos. 2ª Ed. Tomo II. Lima, 1999.

“DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. La Persona Jurídica. Editorial Civitas. 2º Edición. Madrid. 1984.”

“ESPINOZA ESPINOZA, JUAN, Derecho de las Personas. Gaceta Jurídica, Cuarta Edición, 2004.”

“ELIAS LAROZA, ENRIQUE, LGS comentada. Editora Normas Legales. 1998. FLORES MIRANDA, MARÍA DEL CARMEN. Impugnación de acuerdos de Sociedades Anónimas en la legislación peruana. Tesis para optar el grado de Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, 1991.”

“FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS. Derecho de las Personas. Exposición de Motivos y comentarios al libro Primero del Código Civil Peruano. Editorial Grijley. 8ª Edición actualizada. Lima, 2001.”

“GARRIGUES, JOAQUÍN. Curso de Derecho Mercantil. Tomo I 7ma. Edición. Garrigues, Joaquín y Uría Rodrigo. Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas Tomo I.”

“HALPERIN, ISAAC. SOCIEDADES ANÓNIMAS. Ediciones de Palma. 1975.

HUNDSKOPF EXEBIO, OSWALDO. El derecho de impugnación de acuerdos de Juntas Generales de Accionistas y su ejercicio a través de Acciones Judiciales. En Ius et Veritas Año VI N° 11.”

“JIMÉNEZ DE PARGA, RAFAEL. La impugnación de acuerdos sociales en la ley reguladora de la Sociedad Anónima. Estudios jurídicos sobre la Sociedad Anónima. Editorial Civitas. Madrid 1995.”

“MONTROYA MANFREDI, ULISES. Derecho Comercial Tomo I.”

“MONROY GÁLVEZ, JUAN, El proceso en la Nueva LGS. En *Ius et Veritas*. Año IX. N°16.”

“NISSEN, RICARDO. Impugnación Judicial de Acuerdos y Decisiones Asamblearias. Ediciones De palma. Buenos Aires, 1989.”

“PALAU RAMÍREZ, FELIPE. Nulidad y Anulabilidad de acuerdos en la Junta General de Sociedades de Capital en la jurisprudencia española de la última década. En *Revista de Derecho Comercial*. Editorial Normas Legales. 2003.”

“RODRÍGUEZ VILLA, DANIEL. Impugnación de Acuerdos de las Juntas de Accionistas, Legislación, Doctrina y Jurisprudencia, según el nuevo Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. 2ª Edición. Editorial Aranzadi.”

“SIBURU, JUAN B. Comentario al Código de Comercio Argentino. Tomo V. Bs. Aires, 1923.”

“SALAS SÁNCHEZ, JULIO. Algunas consideraciones sobre el Derecho de Impugnación de los Acuerdos de las Juntas de Accionistas. En *Revista de Instituto Peruano de Derecho Tributario*, N° 14, junio, 1988.”

“SUAREZ ANZORENA, CARLOS. Impugnación Judicial de actos y decisiones Asamblearias. Ponencia presentada en las segundas jornadas nacionales de Derecho Societario, organizadas por la Universidad notarial Argentina. Buenos Aires, 1981.”

“URÍA, RODRIGO. Derecho Mercantil. Undécima Edición. Imprenta Aguirre. Madrid, 1976.”

“VEGA MERE, YURI. La Asociación, La Fundación y el Comité en el Código Civil. En *Gaceta Jurídica*. Tomo 49. Diciembre, Lima, 1997.”

“VANASCO, CARLOS. Contribución al estudio de las acciones de impugnación de asambleas y de decisiones asamblearias en la ley 19550. Publicado en:

Revista Homenaje a la Inspección general de Justicia con motivo de su 90º aniversario.”

“VÁSQUEZ DE MERCADO, OSCAR. Asambleas, Fusión y liquidación de Sociedades Mercantiles.”

Objetivo:

Según el autor de la tesis, Cieza Mora (2011):

El objetivo sería contribuir a una mejor sistematización de las instituciones de Impugnación Judicial de Acuerdos y Nulidad de Acuerdos en los cuerpos legislativos donde están reguladas. Haciendo un análisis funcional estudiar y clasificar la jurisprudencia nacional y comparada a fin de entender la problemática en la aplicación práctica de las instituciones estudiadas a fin de proponer un mejor desarrollo jurisprudencial. Valiéndome de la legislación, doctrina, jurisprudencia nacional y comparada. Realizar una propuesta legislativa en materia de impugnación y nulidad de acuerdos. (p. 8)

Instrumentos de recolección de datos:

El instrumento de recolección de datos utilizado, ha consistido en la recopilación y consulta de material bibliográfico y, hemerográfico de la Universidades de la ciudad de Lima. También precedentes judiciales en las Cortes de la Ciudad de Lima.

Conclusión de la tesis:

Según dicho autor, de acuerdo a uno de sus objetivos de su investigación, resulta necesario sistematizar los artículos que normen y diferencien de forma adecuada los recursos impugnatorios en contra de acuerdos en materia civil y societaria, así como también la uniformización de plazos.

Para tal efecto, ha efectuado su propuesta legislativa (p. 179), en relación al artículo 92° del Código Civil y del artículo 150° entre otros, de la LGS:

“EN EL CODIGO CIVIL

ARTICULO 92: Todo asociado tiene derecho a impugnar judicialmente los acuerdos que violen las disposiciones legales o estatutarias. Las acciones impugnatorias (Los procesos de impugnación de acuerdos) deben iniciarse en un plazo no mayor de sesenta días contados a partir de la fecha del acuerdo en el caso de acuerdos no inscribibles. Pueden ser interpuestos por los asistentes si hubieran dejado constancia en acta de su oposición al acuerdo o de ser imposible si lo acredita mediante carta notarial, por los asociados no concurrentes y por los que hayan sido privados ilegítimamente de emitir su voto. Si el acuerdo es inscribible en el registro, la impugnación puede formularse dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que la inscripción tuvo lugar. Sin embargo, el acuerdo puede impugnarse desde el momento en que se adoptó. Cualquier asociado puede intervenir en el juicio, a su costa para defender la validez del acuerdo. La impugnación se demanda ante el Juez Civil del domicilio de la asociación y se tramita como proceso abreviado. En cuanto fuere aplicable y atendiendo a la naturaleza de las Asociaciones se puede acudir a lo señalado en la Ley General de Sociedades en materia de Impugnación de acuerdos.”

“EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES

Artículo 38°.- Nulidad y Anulabilidad de acuerdos societarios Son nulos los acuerdos societarios cuyo contenido contravenga la Ley y serán anulables cuando se opongan al Estatuto o al Pacto Social o lesionen, en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad. La nulidad y anulabilidad de los acuerdos se declarará así se hayan adoptado con la mayoría necesaria.

Artículo 139°.- Acuerdos impugnables Pueden ser impugnados judicialmente los acuerdos de la Junta General cuyo contenido sea contrario a la Ley, se opongan al Estatuto o al Pacto Social o lesionen, en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad. Serán nulos los acuerdos contrarios a la ley, los demás acuerdos indicados serán anulables.

No procede la impugnación cuando el acuerdo haya sido revocado, o sustituido por otro adoptado conforme a ley, al pacto social o al estatuto. El Juez mandará tener por concluido el proceso y dispondrá el archivo de los autos, cualquiera que sea su estado, si la sociedad acredita que el acuerdo ha sido revocado o sustituido conforme a lo prescrito en el párrafo precedente. En los casos previstos en los dos párrafos anteriores, no se perjudica el derecho adquirido por el tercero de buena fe.

Artículo 150°.- Acción de Nulidad, legitimación, proceso y caducidad. Procede acción de nulidad para invalidar los acuerdos contrarios a normas imperativas o que incurran en causales de nulidad previstas en La Ley. Esta acción de nulidad solamente puede ser ejercitada por los terceros con legítimo interés, la misma que se sustanciará en el Proceso de Conocimiento. La acción de nulidad prevista en este artículo caduca al año de la adopción del acuerdo respectivo.”

B. Con relación a la tesis “PROBLEMÁTICA DE LA IMPUGNACIÓN Y DE LA NULIDAD DE LOS ACUERDO SOCIETARIOS”, se encuentra ubicada en la ciudad de Trujillo y fue sustentada para obtener el grado académico de master en Derecho con mención en Derecho civil y Empresarial de la Escuela de Post-Grado de la Universidad Privada Antenor Orrego-UPAO, por la autora Salguero, Y. (2015), se basa en las incongruencias normativas en los artículos 38°, 139° y 150° de la LGS.

Bibliografía:

“ABRAMOVICH ACKERMAN, D. (2003). La problemática de la impugnación y nulidad de acuerdos en la LGS. En: Themis. Revista de Derecho de la PUCP. N° 47. Libre Competencia.”

“ALDEA CORREA, V. (1999). Impugnación de los acuerdos societarios y nulidad de los actos jurídicos – Breve revisión de la invalidez de los actos jurídicos societarios. En: Revista Actualidad Jurídica. Tomo 10. Julio de 1999.”

“ARIANO DEHO, E. (2003). Comentario al artículo 1990. En: AA.VV. Código Civil Comentado. (1ra Ed.). Tomo X. Lima: Gaceta Jurídica.”

“ASCARELLI, T. (1947). Sociedades y Asociaciones Comerciales. Buenos Aires: EDIAR Editores.”

“BETTI, E. (2000). Teoría General del Negocio Jurídico. Granada: Comares.”

“BOLAFFI, L.; ROCCO, A. & VIVANTE, C. (1952). Derecho Comercial. Tomo 9. Buenos Aires: EDIAR.”

“BORDA, G. (1960). Retroactividad de la Ley y derechos adquiridos. Buenos Aires. N° 39.”

“BROSETA PONT, M (1994). Manual de Derecho Mercantil. (10ma ed.). Madrid: Tecnos.”

“CAMPUZANO LAGUILLO, A. B. (2000). Las clases de acciones en la sociedad anónima. (1ra ed.). Madrid: Civitas.”

“CIEZA MORA, J. (2004). Impugnación de acuerdos. Aspectos jurisprudenciales y problemas derivados de su sistemática en la LGS, a propósito de la denominada suspensión de acuerdos societarios. En: Revista Dialogo con la Jurisprudencia. Tomo 71. Agosto de 2004.”

“CIEZA MORA, J. (2012). Problemática de la nulidad y la impugnación de los acuerdos de las sociedades y asociaciones. Lima: Gaceta Jurídica”

“CÓRDOVA BELTRÁN, F. DE M. (2010). La invalidez de acuerdos societarios. Una propuesta de solución a la aparente contradicción de los artículos 139 y 150 de la LGS. En: Revista Actualidad Jurídica. Tomo 201. agosto de 2010.”

“DE AGUINIS, A. & BURDESKY, A. (1983). El abuso de poder de la mayoría. Temas de Derecho Comercial, Conflictos Societarios. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma. De Gregorio, A. (1950). De las Sociedades y de las Asociaciones Comerciales. En: ROCCO, Hugo et al. Derecho Comercial. Tomo 6. Buenos Aires: EDIAR Editores.”

“DÍEZ-PICAZO, L. & GULLÓN, A. (2002). Sistema de Derecho Civil. (10ma ed.). Vol.I. Madrid: Tecnos.”

“ELÍAS LAROZA, E. (1998). LGS comentada. Trujillo: Editora Normas Legales.”

“ESPINOZA ESPINOZA, J. (2010). Acto Jurídico Negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial. (2da ed.). Lima: Gaceta Jurídica.”

“GALGANO, F. (1992). El Negocio Jurídico. Valencia: Tirant lo Blanch.”

“GARRIGUES, J. Y URÍA, R. Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas. Tomo II. (2da Ed.). Madrid: Tecnos.”

“GARRIGUES, J. (1971). Hacia un nuevo Derecho Mercantil. Madrid: Editorial Tecnos.”

“GARRIGUES, J. (1976). Curso de Derecho Mercantil. Tomo I. Madrid: Imprenta Aguirre.”

“GOLDSCHMITH, R. (1979). Curso de Derecho Mercantil. Parte General. Caracas: EDIAR Venezolana.”

“HUNDSKOPF EXEBIO, O. (1995). El Derecho de impugnación de acuerdos de Juntas Generales o de Accionistas y su ejercicio a través de acciones judiciales. En: Revista IUS ET VERITAS. Nº 11. Noviembre de 1995. Lima.”

“HUNDSKOPF EXEBIO, O. (1995). Impugnación de Acuerdos de Juntas Generales de Accionistas. En: Diario Oficial El Peruano. Publicado el 06/11/95.”

“HUNDSKOPF EXEBIO, O. (1998). El derecho de impugnación de acuerdos de juntas generales de accionistas en la nueva LGS y su ejercicio a través de acciones judiciales. En: Revista Actualidad Jurídica. Tomo 56. Julio de 1998.”

“HUNDSKOPF EXEBIO, O. (2006). Pacto Social y Acuerdos Societarios. En: Revista Dialogo con la Jurisprudencia. Tomo 90. Marzo de 2006.”

“HUNDSKOPF EXEBIO, O. (2007). Prevalencia del plazo de caducidad de la acción de nulidad previsto en el artículo 150 de la LGS. En: Revista Dialogo con la Jurisprudencia. Tomo 11. Diciembre de 2007.”

“LEDESMA NARVÁEZ, M. (1996). Ejecutores Supremos en Derecho Mercantil 1990-1995. Lima: Cultural Cuzco S.A.”

“STOLFI, G. (1959). Teoría del Negocio Jurídico. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.”

“TABOADA CÓRDOVA, L. (2002). Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato. (1ra ed.). Lima: Grijley.”

“TORRES CARRASCO, M. (2001). Entre la impugnación y la nulidad de los acuerdos societarios – Dos vías procesales desiguales para impugnar el mismo acuerdo de junta. En: Revista Dialogo con la Jurisprudencia. Tomo 33. Junio de 2001.”

“URÍA GONZALES, R.; MÉNDEZ MENÉNDEZ, A.; MUÑOZ PLANOS, J. (1992). La

Junta General de Accionista. En: AA.VV. Uría, R. (Dir.). Comentario al régimen Legal de las Sociedades Mercantiles. Tomo IV. Vol. 1º. Madrid: Editorial Coristas”

“VIDAL RAMÍREZ, F. (1986). Teoría General del Acto Jurídico. Lima: Cultural Cuzco.”

“VIVANTE, C. (1936). Tratado de Derecho Mercantil. Tomo III. Madrid: Editorial REUS.”

Objetivo:

Según la autora de la tesis, el objetivo específico del trabajo sería, describir la sociedad anónima conforme a la doctrina, jurisprudencia y normas nacionales. Analizar jurisprudencias en relación a los artículos 139º, 150º y 38º de la LGS. Estudiar y Analizar la LGS, con la finalidad de determinar si es o no necesaria una modificación legislativa sobre la materia de investigación.

Instrumentos de recolección de datos:

Recurrió a las bibliotecas de las universidades más importantes de Trujillo con la finalidad de obtener la información suficiente de bibliografía y tesis relacionadas a la materia de investigación, jurisprudencias, la elaboración de los instrumentos como el rol de preguntas, que sirvieron de soporte al momento de realizar las entrevistas.

Conclusión de la tesis:

La autora concluye, refiriendo que:

“La sistemática de nuestra LGS, en lugar de coadyuvar para la clarificación de situaciones controversiales dificulta el cumplimiento de los objetivos de la institución de impugnación de acuerdos al efectuar una redacción imprecisa en los artículos que refieren a tal figura, tal como hemos visto en las líneas precedentes. Ante tal problemática, urge pues un mejor desarrollo de los artículos involucrados en esta institución tan importante en el Derecho comercial y también en el artículo 92º de nuestro Código Civil” (Salguero, 2015).

C. Con relación a la tesis “*GOBIERNO CORPORATIVO, ALTERNATIVA DE DESARROLLO DEL MERCADO DE CAPITALES: PROPUESTA PARA MEJORAR SU PRÁCTICA EN EL PERÚ*” se encuentra ubicada en la Ciudad de Lima y fue sustentada para obtener el grado académico de master en Administración de Empresas en la Escuela de Postgrado en Dirección de Negocios de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Por Agüero & Flores (2004).

Bibliografía:

“BREALEY, Richard & MYERS, Stewart. 1998 Principios de finanzas corporativas, 5ª. Ed., España: Mc Graw Hill Interamericana de España S.A. U.”

“BOLSA DE VALORES DE COLOMBIA 2001 El Gobierno Corporativo como factor de desarrollo en el Mercado de Capitales; ([http:// www.bvcali.pdf](http://www.bvcali.pdf))”

“COMISIÓN NACIONAL SUPERVISORA DE EMPRESAS Y VALORES 2000.

Principios de Buen Gobierno para las sociedades peruanas 2000 (<http://conasev.gob.pe/mercado>)”

“DI PIAZZA, Samuel & ECCLES, Roberto 2002 Building Public Trust: The future of Corporate Reporting. NewYork: John Wiley & Sons, Inc.”

“EMERY, Douglas & FINNERTY, John 2000 Administración Financiera Corporativa, 1° ed. México: Prentice Hall.”

“ETKIN, Jorge 2000 Política, Gobierno y Gerencia de las Organizaciones, 1° ed.; Argentina: Prentice Hall.”

“FORGIONE, Dana A. 2003 La debacle Enron/Andersen. pp. 47-53 En: InterAmérica, revista de la Asociación Interamericana de Contabilidad, Miami Octubre 2002-Marzo 2003”

“JONSON S. Shleifer A. 1999 Cosae and Corporate Governance in Latin America En: Abante, Vol. 2 N ° 2 Octubre”

“KHANNA T.; Papelu K. 1999 The Evolution of Business groups in Chile and India. pp. 271-310En: Journal of Economics and Management Strategy, revista de asachussetts Institute of Technology, Volumen 8, Summer 1999.”

“LEFORT F.& Walker E. 1999 Corporate Governance: Challenges for Latin America. En: Avante, Vol. 2 N ° 2 Octubre”

“LEFORT Fernando 2003 Gobierno Corporativo:¿ Qué es? y ¿Cómo andamos por casa? En: Cuaderno de Economía 40, Vol.120.”

“LOAYZA MORENO, Víctor 2003 Lecciones aprendidas más relevantes de las recientes reformas de Gobierno Corporativo en el Perú (http://www.ladb.org/sds/IFM/publication/gen_495_3520_s.htm)”

“MEDINA, J, & VALDES, R. 1998 Flujo de Caja y decisiones de inversión en Chile: Evidencia de sociedades anónimas abiertas. pp. 301-323 En: Cuadernos de economía 35 Vol 106.”

“MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS 2001 Acceso a Financiamiento a través del Mercado de Valores (<http://www.mef.gob.pe>)”

“MOYER Y OTROS 2000 Administración Financiera Contemporánea, 7° ed., México: Thomson ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND

DEVELOPMENT 2003 (<http://www.oecd.org/home/>)”

“RECOLETOS GRUPO DE COMUNICACIÓN S.A. 2000 Informe anual de Gobierno Corporativo (<http://www.recoletos.es/pdfs/informe.pdf>)”

“SULLIVAN; John D. 2001 (<http://www.usinfo.state.gov>)”

“VILLARÁN, Fernando 2000 Las PYMEs en la estructura empresarial peruana.”

Objetivo:

Según los autores de la tesis, el objetivo principal es que se realice una verificación exhaustiva y un profundo análisis en relación al contenido bibliográfico publicado sobre el gobierno corporativo, engarzado al mercado de capitales, y consecuentemente, hacer un parangón con la realidad peruana, de conformidad con los desarrollos y metas alcanzadas.

Instrumentos de recolección de datos:

Se ha utilizado el mecanismo de recopilación de información a través de fuentes documentales, bibliográficas, comparativas estadísticas y entrevistas.

Conclusión de la tesis:

Las conclusiones, entre otras, a las que llega el autor de referida tesis, son las siguientes:

“Debemos destacar que la OECD así como los países que cuentan con códigos o principios de buen gobierno corporativo, reconocen que no existe un modelo único. Sin embargo, existe un conjunto de elementos comunes a todo buen gobierno corporativo, entre los cuales debemos mencionar:

Se establece que los accionistas tienen derechos iguales entre ellos y que debe promoverse toda forma de proporcionarles información suficiente respecto a las decisiones que los ejecutivos o el accionista controlador estén efectuando.

Se recomienda también que la adquisición del control corporativo esté reglamentada de forma que sea transparente y se realice en condiciones justas y equitativas.

Se recomienda establecer mecanismos regulatorios que aseguren que la corporación y sus controladores respetarán los derechos e intereses de los otros stakeholders de la empresa, entregándoles en forma oportuna y adecuada la información relevante.

Se establecen las principales responsabilidades y derechos de los miembros del directorio de la corporación. Su actuación debe ser diligente, de tal manera que asegure que las decisiones que se tomen afecten a los diferentes accionistas en la misma forma. Adicionalmente, los directores deben ser capaces de tener una opinión informada e independiente de la que sostengan los ejecutivos de la empresa.” (Agüero & Flores, 2004, p. 102 - 124).

De lo antes expuesto, en este acápite, podemos apreciar que, el Buen Gobierno Corporativo, es una de las claves para lograr una administración óptima en cualquier estructura organizacional, sea con o sin fines de lucro, toda vez que, propugna principios y valores como la lealtad, la transparencia, puntualidad, entrega oportuna y adecuada de la información de propia iniciativa o solicitada, etc.; promoviendo además fijar responsabilidades a los gestores, administradores, gerentes, directores de una organización empresarial (en nuestro caso, de una sociedad anónima).

Asimismo, esbozaremos otras de las conclusiones de la mencionada tesis, para luego efectuar nuestras acotaciones. Literalmente señala:

“Entre las razones que han permitido acrecentar el interés por entender integralmente el concepto de gobierno corporativo y su efecto en el mercado de capitales y por ende el crecimiento económico de los países, podemos mencionar:

Se ha hecho evidente que en el caso especial de las economías en desarrollo es necesario establecer leyes y regulaciones que permitan realizar la transición hacia la corporación globalizada con el mínimo perjuicio para los accionistas minoritarios y otros stakeholders locales, manteniendo el trato equitativo entre ellos y los inversionistas extranjeros. Este proceso es fundamental para un desarrollo racional del mercado de capitales local que provea de fuentes de financiamiento externo a empresas que no cuentan con un mercado de capitales interno que las apoye o que se involucren en actividades que requieren de un cierto grado de innovación tecnológica.

La importancia de un adecuado gobierno corporativo recae en la posibilidad de ofrecer un conjunto de condiciones que garanticen a los diferentes stakeholders que podrán recuperar su inversión, más alguna remuneración por ella. Su aplicación, entonces, ayudará a la distribución de rentas, y la asignación eficiente de recursos.

No es posible cuantificar los efectos directos que proporciona un buen sistema de Gobierno Corporativo, pero, las buenas prácticas marcan la diferencia y actúan como un seguro de protección para la empresa y sus accionistas. En caso contrario, la confianza de los inversionistas se deteriora, el mercado accionario se vuelve menos atractivo, sube el costo de financiamiento para las empresas y los proyectos de inversión y se debilita el sistema económico en general. (Agüero & Flores, 2004, p. 102 - 124).

Prosiguiendo con al análisis de este fragmento, parte de las conclusiones de la referida tesis, podemos resaltar que, resulta cuan interesante, cuando se indica que, la implementación de regulaciones, en relación las prácticas de un Buen Gobierno Corporativo, son fundamentales en las organizaciones societarias o sociedades anónimas en nuestro caso específico, porque les permite desarrollarse dentro de un escenario y/o clima de confianza para que les sea otorgado financiamiento y, sobre todo garantizando el mínimo perjuicio de las minorías accionarias, en la medida que se ponen en marcha los buenos

principios, la ética y los valores, que serán los pilares sobre las que reposaría la sociedad anónimas y, sus socios accionistas.

Prosiguiendo con otro fragmento de las conclusiones de la tesis en mención, que textualmente, señala:

“Estas características no son exclusivas de las economías emergentes, pues hemos sido testigos que casos como Enron, Worldcom, Tyco, Xerox, entre otros, nos permite reflexionar sobre todos los mercados para mejorar la regulación y promover conductas éticas en todos los países.

El objetivo principal de los modelos de gobierno corporativo no es intervenir en la autonomía de las empresas, sino conseguir un equilibrio entre competitividad y productividad y un manejo transparente y responsable de las mismas; convirtiéndose en un agente de confianza del público, en las empresas que captan fondos en los mercados de capitales.

En un esfuerzo conjunto de varias entidades públicas y privadas, en Julio de 2002, se emitió el pronunciamiento “Principios de buen gobierno para las sociedades peruanas”. Este documento recoge esencialmente los principios de buen gobierno del Organismo para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), dentro de los que figuran: derecho de los accionistas, tratamiento equitativo de los accionistas, los grupos de interés en el gobierno de las sociedades; comunicación y transparencia informativa; responsabilidades del consejo.

En un estudio de la firma MCKinsey & CO. , del año 1999, titulado Investors Opinion Survey, estableció a través de un sondeo que 80% de los inversionistas estaría dispuesto a pagar un mayor precio por acciones de empresas que emplean prácticas de buen gobierno corporativo. Asimismo, 25% de los inversionistas manifestaron que estas prácticas eran tan o más importantes que el desempeño financiero de una empresa, inclusive este último porcentaje crece significativamente cuando se encuesta sobre las posibilidades de inversión en empresas en América Latina.” (Agüero & Flores, 2004, p. 102 - 124).

De este fragmento, debemos manifestar que, las prácticas de Buen Gobierno Corporativo, no solo se puede cristalizar en las economías emergente, sino en los grandes emporios empresariales, donde han vivido desastrosas experiencias de quiebra y bancarrota, por no haberse regulado por principios y valores fundamentales, como la puntualidad, transparencia, información veraz y oportuna, etc., hechos que permitieron analizar las causas reales de tal hecatombe económico financiera que, trajo como consecuencia, la creación del Código de Buen Gobierno Corporativo.

D. Con relación a la tesis “*GRUPOS DE EMPRESAS*” se encuentra ubicada en la Ciudad de Lima y fue sustentada para obtener el grado académico de master en DERECHO con mención en Derecho Empresarial de la escuela de POSTGRADO de la UNIVERSIDAD DE LIMA por Chirinos M.(2016). La investigación se traza el objetivo de encontrar la problemática que configura los GE, los vacíos normativos de la norma, a efectos de analizar la probabilidad de establecer un sistema de norma que se relacionan con su desarrollo.

Bibliografía:

“ARIAS-SCHREIBER PEZET, M. (1994). Los contratos modernos. Lima: Gaceta Jurídica.”

“CHANAMÉ ORBE, R. (2009). Exégesis de la Constitución económica. Revista Oficial del Poder Judicial, 3(5).”

“CHANAMÉ ORBE, R. (2015). Constitución económica. Derecho & Sociedad, (40), 43-63. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad>”

“CASTELLO, A. (2007). Grupo de empresas: enfoque laboral. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, (30), 161-182. Recuperado de <http://portal.trt15.jus.br/web/biblioteca/revista-eletronica>”

“DE LAS CASAS, O. Y PORTAL, A. (14 DE ABRIL DE 2001). Identificación de empresas vinculadas. Recuperado de <http://www.infocapitalhumano.pe/recursoshumanos/alerta-legal/identificacion-de-empresas-vinculadas/>”

“DE TRAZEGNIES GRANDA, F. (SEPTIEMBRE DEL 2004). El rasgado del velo

societario para determinar la competencia dentro del arbitraje. Recuperado de <http://macareo.pucp.edu.pe/ftrazeg/aafaa.htm>”

“Diario Gestión 7 de febrero de 2016. Empresas. El 56% de empresas peruanas realiza fusiones y adquisiciones para obtener activos estratégicos. Diario Gestión. Recuperado de <http://gestion.pe/empresas/56-empresas-peruanas-realiza-fusiones-y-adquisiciones-obtener-activos-estrategicos-2153853>”

“DURAND, F. (2013). Socioeconomías informales y delictivas. En W. Jungbluth M. (Comp.), Perú Hoy: el Perú subterráneo (pp. 19-37). Lima: Desco.”

“ECHAIZ MORENO, D. (2002). El control en la política empresarial de los grupos de sociedades. Revista Peruana de Derecho de la Empresa, 54, 55-87.”

“ECHAIZ MORENO, D. (2009). Radiografía para prevenir una autopsia. Análisis crítico de la LGS a once años de su vigencia (1998-2009). (Tesis para optar el título de magister en Derecho de la Empresa). PUCP. Perú.”

“ELÍAS LAROZA, E. (1995). Los actos ultra vires en las sociedades anónimas. Revista de Derecho Thémis. 31, 87 -89. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11511/12031>”

“ELÍAS LAROZA, E. (2000). Derecho societario peruano. Trujillo, Perú: Normas Legales.”

“FAVIER DUBOIS, E. M. Y FAVIER DUBOIS, E. M. (S.F.). El grupo de sociedades, panorama societario y concursal. Recuperado de http://www.favierduboisspagnolo.com/trabajos_doctrina/GRUPOS_DE_SOCIEDADES.pdf”

“FLORES POLO, P. (1993). La empresa en la nueva Constitución. Recuperado de <http://www.teleley.com/contenlegal.php?idm=2366>”

“HUNDSKOPF EXEBIO, O. (1998). Regulación Jurídica de los grupos de empresas. Informativo legal Rodrigo, 149, p. XIX.”

“HUNDSKOPF EXEBIO, O. (1999), Empresa y sociedad: ¿Por qué grupos de empresas en lugar de grupos de sociedades? Informativo Legal Rodrigo. 152, p.XVIII in fine – XIX.”

“INFORMATIVO CABALLERO BUSTAMANTE. (2009). Revista de Asesoría Especializada. Derecho Corporativo. Los grupos de empresas y los supuestos de vinculación económica en la legislación peruana (Primera Parte) 1ra. Quincena. Marzo 2009. Los grupos de empresas y los supuestos de vinculación económica en la legislación peruana (Segunda Parte). 2da. Quincena. Marzo 2009. Los grupos de empresas y los supuestos de vinculación económica en la Legislación Peruana (Tercera Parte) 1ra. Quincena. Abril 2009.”

“KRESALJA ROSSELLÓ, B. (2004). La libertad de empresa: fundamento del sistema económico constitucionalizado. En Libro Homenaje a Jorge Avendaño (pp. 540). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.”

“Ley N.º 26887, LGS. (9 de diciembre de 1997). Recuperado del sitio de internet del Sistema Peruano de Información Jurídica: <http://spij.minjus.gob.pe/spij.html>”

“LORA ÁLVAREZ, G. (31 DE MARZO DEL 2011). Las nuevas relaciones laborales en los grupos empresariales.

Recuperado de

<http://www.esan.edu.pe/conexion/actualidad/2011/03/31/las-nuevas-relacioneslaborales-en-los-grupos-empresariales/>”

“LOAYZA, N. (2008). Causas y consecuencias de la informalidad en el Perú. Revista Estudios Económicos, (15), 43-64. Recuperado de <http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Revista-estudiosEconomicos/15/Estudios-Economicos-15-3.pdf>”

“MATOS MAR, J. (1985). Desborde popular y crisis del estado. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.”

“MORALES ACOSTA, A. (1994). Los grupos de sociedades. *Advocatus*, (6). p. 24- 32.”

“MUÑOZ SALGADO, S. M. (MARZO DE 2008). El concepto de vinculación en la participación en la administración y por el control para efectos de la normativa de precios de transferencia. *Revista* (46), 153-176. Recuperado de <http://www.ipdt.org/publicaciones/detalle/71>”

“PAZ-ARES, C. (1999). Uniones de empresas y grupos de sociedades. *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, (1), 223-253. Recuperado de <https://repositorio.uam.es/handle/10486/3023>”

“RODRÍGUEZ CHÁVEZ, R. (2015). El interés social y el interés grupal en los grupos de empresas por subordinación: tutela del interés social de las sociedades”

“STRANDBERG, L. (MARZO DEL 2010). El compromiso con los grupos de interés. Cuadernos de la Cátedra La Caixa de Responsabilidad Social de la Empresa y Gobierno Corporativo, (10).

Recuperado de http://www.iese.edu/es/files/Cuaderno%20No%2010_tcm5-61597.pdf”

“TOYAMA MIYAGUSUKU, J. (SEGUNDA QUINCENA DE MARZO DEL 2011). Informativo Laboral Miranda & Amado.”

“VILCAPOMA YULI, T. (MARZO DEL 2009). La responsabilidad solidaria en los grupos de empresas. *RAE Jurisprudencia: Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia*, 1(9), 349-365.”

“VILLANUEVA HARO, B. (2007). La concentración y concertación empresarial en los planos de lo positivo, difuso y negativo. *Derecho y Cambio Social*. Recuperado de <http://www.derechoycambiosocial.com/index.htm>”

Objetivo:

“El estudio se propone evidenciar la problemática que representa los GE, los vacíos que- se encuentran en la legislación y estudiar la conveniencia de sistematizar las normas que se vinculan con su desenvolvimiento” (Chirinos, 2016), entre uno de los puntos el Socio minoritario de una empresa conformante de un GE.

Instrumentos de recolección de datos:

Se ha utilizado el mecanismo de recopilación de información a través de fuentes documentales, bibliográficas e índices estadísticos.

Conclusión de la tesis:

Dicho por la autora en términos generales:

“La evolución de la economía a través de la acumulación de capital y la reorganización de las empresas hacia nuevas formas de gestión y producción permiten afirmar que los GE constituyen hoy en día un prototipo de organización empresarial que se encuentra en pleno desarrollo.

Los GE representan un fenómeno que ha “roto los moldes” tradicionales de hacer empresa y son fomentados por la innovación, las nuevas tecnologías, la información y los nuevos mercados.

Los GE – como manifestación económica diferente al tradicional concepto de empresa unitaria – adoptan una estructura orgánica, compleja y multidisciplinaria lo que ocasiona dificultad en individualizar sus características.

El Estado debe brindar garantías para que las empresas se desarrollen dentro de un ámbito de transparencia, predictibilidad y así contribuir a la seguridad jurídica de las propias empresas, de sus accionistas, acreedores, trabajadores y de la sociedad.

El legislador no puede quedar al margen de los fenómenos económicos que nacen del dinamismo empresarial y que por la misma naturaleza del mercado tienden a ser desregulados.

Se requiere proponer, debatir y aprobar una legislación integral que contenga mínimamente su definición, respeto por los derechos y obligaciones que les corresponda. Así como medidas de promoción y estímulo a la inversión y desanimar conductas contrarias al derecho vigente.” (Chirinos, 2016, p.44).

Tesis internacionales

Se examinó cuatro Tesis Internacionales: Unas (02) Tesis de Maestría y unas (02) Tesis de Doctorado. En las cuales se identificaron diferentes factores que influyen en Sociedad Anónima relacionada con la Protección del o los Accionista(s) Minoritario(s) pudiendo identificarse similitudes y diferencias entre ellas, características particulares, principios societarios, ventajas y desventajas al igual que su aplicabilidad en el ámbito comercial o mercantil.

A. Sobre la Tesis *“LA REGULACIÓN DE LOS CONFLICTOS DE INTERÉS DE LOS DIRECTORES COMO UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN A LOS ACCIONISTAS MINORITARIOS EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA”* Se encuentra ubicado en la ciudad de Santiago de Chile y fue sustentado para obtener el grado de académico de Magister en Derecho Económico con mención en Derecho Económico de la Escuela de Graduados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (Díaz, 2009).

Esta Tesis tiene como premisa inicial, el ordenamiento de las disputas por ciertos intereses de los administradores para determinar un mecanismo de protección a favor de las minorías accionarias, desarrollando los tipo de conflictos de interés, identificando los conflictos de interés dentro de la sociedad anónima, a fin de buscar la manera de atenuarlos; asimismo, ha estudiado la conveniencia de normar las referidas confrontaciones de interés de los administradores de la organización societaria anónima, proponiendo el mecanismo conocido como Gobiernos Corporativos; de igual forma, realiza una tratativa en el derecho comparado sobre la reprochabilidad de los administradores por los daños ocasionados como resultado del ejercicio. Por otro lado, esboza la intervención grupal de los minoritarios ante una pésima administración de la referida organización societaria, efectuando un análisis de casos con el objetivo de recomendar fórmulas a efectos de lograr una adecuada protección a favor de minoritarios, estableciendo sus conclusiones.

Bibliografía:

“ALESSANDRI, ARTURO, (1983), De la Responsabilidad Civil Extracontractual en el Derecho Civil Chileno, Tomo I, Santiago de Chile, Ediar Editores Ltda., 289 pp.”

“ALESSANDRI, ARTURO, (1983), De la Responsabilidad Civil Extracontractual en el Derecho Civil Chileno, Tomo II, Santiago de Chile, Ediar Editores Ltda., 716 pp.”

“ALFARO, J., Interés social y el derecho de suscripción preferente, Civitas, Madrid, 1995.”

“CAREY BUSTAMANTE, GUILLERMO, (1992), De la sociedad anónima y la responsabilidad civil de los directores, Santiago de Chile, Editorial Universitaria, Primera Edición, 242 pp.”

“CORRAL TALCIANI, HERNÁN, (2003), Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, 423 pp.”

“DOBSON, J., El abuso de la personalidad jurídica, De Palma, Buenos Aires, 1985.”

“ESTEBAN, GAUDENCIO. (coord.), El gobierno de las sociedades cotizadas, Marcial Pons, Madrid, 1999.”

“GARCÍA DE ENTERRÍA, J., La opa obligatoria, Civitas, Madrid, 1996.”

“GUERRA, G., El gobierno de las sociedades cotizadas estadounidense, Aranzadi, Pamplona, 2003.”

“POSNER, RICHARD A., El Análisis Económico del Derecho, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1998.”

“PUELMA ACCORSI, ALVARO, (1996), Sociedades, Tomo II, Sociedad

Anónima, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, 650 pp.”

“PUTTERMAN, L. (coord.), La naturaleza económica de la empresa, Alianza, Madrid, 1994. SANDOVAL, R., Derecho comercial, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994. SUDARSANAN, P., La esencia de las fusiones y adquisiciones, Prentice Hall, Londres, 1996.”

“TORRES LÓPEZ, JUAN, “Análisis Económico del Derecho: Panorama doctrinal”, Madrid, Tecnos, 1987. VILLEGAS, C., Aspectos legales de las finanzas corporativas, Dykinson, Madrid, 2001.”

Fuentes Hemerográficas:

“ALFARO, J., Imperialismo económico y dogmática jurídica, en Revista de Derecho Mercantil, N° 233, 1999.”

“ALFARO P., ROBERTO., Análisis Económico del Derecho, Revista Jurídica Magistri Et Doctores, Unidad de PostGrado de Derecho de la UNMSM, Lima, Año I N° 01, Septiembre, 1995.”

“BERNET P., MANUEL, El gobierno de las sociedades abiertas, Revista de Derecho (Valdivia), Vol. 16, julio 2004, p. 33-57. BLACK, B *-Is corporate law trivial? a political and economic analisis, en Northwestern University Law Review*, Vol. 84, No 2, 1990.

KRAAKMANN, R., The end of history for corporate law, 2000.”

“LEFORT, FERNANDO, (2008), El Aporte de las AFP al Gobierno Corporativo de las Empresas Chilenas, Centro para el Gobierno de la Empresa, Escuela de Administración Pontificia Universidad Católica de Chile.”

“LYON PUELMA, ALBERTO, (2002), Conflicto de Intereses en las Sociedades, Santiago de Chile, Revista Chilena de Derecho. Vol. 29 N° 1, pp. 47-93, Sección

Estudios, Pontificia Universidad Católica de Chile.”

“MARCOS, F., La auditoría de cuentas en el derecho federal norteamericano, en Revista de Derecho Mercantil, N° 223,1997.”

“PÁZ-ARES, C., “Reflexiones sobre la distribución de poderes en la moderna sociedad anónima”, en Revista de Derecho Mercantil, N° 146,1977”.

“PFEFFER URQUIAGA, FRANCISCO, (2001), Nuevas normas sobre Gobierno Corporativo y Mayores Responsabilidades para los Directores de Sociedades Anónimas, Revista Chilena de Derecho. Vol. 27 N° 3, pp. 485-499, Sección Estudios, Pontificia Universidad Católica de Chile.”

“WIGODSKI S., TEODORO y ZUÑIGA G., FRANCO, Estrategia para la creación de valor, Trend Management, Vol. 6, Mayo 2004.”

FUENTES DOCUMENTALES:

“Decreto Ley N° 3.500 de 1980, establece el Nuevo Sistema de Pensiones. Publicado en el Diario Oficial de 13 de noviembre de 1980.”

“Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Edición, Tomo I, Real Academia Española, 1984.”

“Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Edición, Tomo II, Real Academia Española, 1984. Diccionario Americano de Heritage® de la Lengua Inglesa, cuarto © 2004, 2000 Copyright de la edición publicada por Houghton MifflinCompany. http://en.wikipedia.org/wiki/Conflict_of_interest. Sitio web visitado con fecha 1 de junio de 2005.”

“Ley N° 18.045, de Mercado de Valores. Publicada en el Diario Oficial N° 31.096, de 22 de octubre de 1981.”

“Ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas. Publicada en el Diario Oficial N° 31.096, de 22 de octubre de 1981.”

“Ley N° 19.301, Modifica diversos cuerpos legales relativos a mercado de valores, administración de fondos mutuos, fondos de inversión, fondos de pensiones, compañías de seguros y otras materias que señala. Publicada en el Diario Oficial N° 34.819, de 19 de marzo de 1994.”

“Ley N° 19.705, sobre ofertas públicas de adquisición de acciones (OPAS) y establece régimen de gobiernos corporativos. Publicada en el Diario Oficial N° 36.842, de 20 de diciembre de 2000.”

“Merriam-Webster's Dictionary of Law (1996). Publicado por Merriam-Webster's, Incorporated. Principios de Gobierno Corporativo, OECD Principles of Corporate Governance, 2004 Edition. Sarbanes-Oxley Act, (2002).”

“Sentencia de la Corte Suprema de Chile, de fecha 7 de julio de 2005, dictada en la causa rol N° 4261-2004 (Caso CHISPAS). WordNet 1.7.1 Copyright © 2001 by Princeton University.”

Objetivo de la tesis:

De acuerdo al autor de la tesis, ésta establece como fin realizar un estudio analítico exhaustivo en relación al procedimiento y/u ordenamiento sobre las disputas de interés, en la normatividad legal chilena que recae en las organizaciones societarias anónimas. Mediante el estudio dogmático y analítico de la casuística, logró determinar, si la ordenación actual de aquellos tiempos, en atención a las confrontaciones por intereses de los administradores de dichas organizaciones ofrecían una determinada y adecuada protección a los minoritarios en contraposición a las acciones de los directores.

Instrumentos de recolección de datos:

Se ha utilizado el mecanismo de recopilación de información a través de fuentes documentales, bibliográficas y hemerográficas.

Conclusión de la tesis:

De la conclusión desarrollada por el autor de la tesis en mención, se han tomado en consideración, las que se encuentran relacionadas con el tema de tesis, materia de estudio, análisis e investigación, que son las siguientes:

“Dentro de los objetivos planteados al inicio de este trabajo, se encuentra proponer alternativas de mejoramiento de nuestra actual legislación en lo referido a la protección de los derechos de los accionistas minoritarios frente a las actuaciones de los directores de la sociedad anónima.

Como hemos analizado en los capítulos anteriores, los conflictos de interés se presentan permanentemente en mayor o menor medida en la sociedad anónima. La ley no los prohíbe y reconoce su existencia, pero también establece sus consecuencias, siendo la principal, la obligación de indemnizar los perjuicios causados a los afectados, que por lo general son los accionistas minoritarios de la sociedad.

La tendencia mundial es de regular la actuación de los administradores de las compañías y proteger a los inversionistas, dándoles herramientas para defender sus intereses y reclamar los perjuicios provocados por actuaciones culpables o dolosas de quienes están llamados precisamente, a velar por sus intereses e inversiones. En Japón, un estudio de la Agencia de Servicios Financieros (FSA) determinó que una de cada diez compañías que cotizan en bolsa, engañaron a sus accionistas en sus estados financieros. Frente a esto se hace imperioso dictar leyes al estilo de la Sarbanes-Oxley en Estados Unidos, que aumentó considerablemente las responsabilidades y sanciones para los directores y administradores de la sociedad anónima, para proteger a los accionistas minoritarios.

[...]

La hipótesis planteada en esta tesis es que la insuficiente regulación legal de los conflictos de intereses de los directores de las sociedades anónimas implica una desprotección de los intereses de los accionistas minoritarios. Asimismo, y como contrapartida, una de las ideas centrales sostenida en este trabajo es que, una buena regulación de los conflictos de interés de los directores de la sociedad anónima, es una medida de protección a los accionistas minoritarios.

[...]

Un movimiento muy activo e influyente a nivel mundial como el de los Gobiernos Corporativos, cuyos objetivos esenciales son proporcionar una estructura eficiente de incentivos para la administración de una compañía, lo que maximiza su valor y; establecer las medidas necesarias para que la administración no tome el control absoluto de las decisiones, afectando de esta forma los intereses de accionistas minoritarios, acreedores e inversionistas externos, puede aportar mucho a la legislación nacional. Aspectos como la autorregulación y la importancia de los directores independientes, tomados de este movimiento, poco a poco se están incorporando a nuestra realidad.” (Díaz R.p.127-132)

B. Con relación a la tesis *“EL INTERÉS SOCIAL, LOS PRINCIPIOS GENERALES Y LOS CONFLICTOS ENTRE MAYORÍA Y MINORÍA EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA”*, se encuentra ubicada en la ciudad de Pamplona, España y fue sustentada para obtener el grado académico de master en Derecho, en el programa de maestría: “Derecho de la Globalización y de la Integración Social” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra. (Beveraggi, 2010).

Es importante resaltar que en la presente tesis se ha desarrollado “un tema que goza de una gran actualidad y ha dado lugar a infinidad de estudios por parte de la doctrina, como son los conflictos entre accionistas. Estos conflictos pueden originarse por varios motivos, ya sean por cuestiones económicas, políticas o personales.

El Derecho, al regir las relaciones de poder, buscó siempre establecer en ellas un marco de equidad. A tales efectos, desarrolló a través de los distintos ordenamientos unos sistemas para amparar y proteger a las partes más débiles de dichas relaciones, tratando de esta manera de evitar que quienes se encuentren en una situación privilegiada de poder abusen de su condición y avasallen los derechos de las partes más débiles. Además, veremos si el interés social y los principios generales pueden ser utilizados para llenar los huecos legales, sirviendo como criterios de conducta de los accionistas.

Datos bibliográficos:

“ALCALÁ DÍAZ, María Ángeles. El conflicto de intereses socio-sociedad en las sociedades de capital. RdS, núm. 9, 1997, págs. 89 – 141.”

“ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. Interés social y derecho de suscripción preferente, Una aproximación económica, Civitas, Madrid, 1995.”

“ALGARRA PRATS, Esther, Impugnación de acuerdos sociales. Conducta contraria a la buena fe. Comentario a la STS de 5 de junio de 1999, CCdJC, núm.

51, 1999, págs. 1221-1230.”

“ALONSO ESPINOSA, Francisco J. (Dir.), Curso fundamental de derecho mercantil,

V. II Derecho de Sociedades, Quaderna Ed., Murcia, 2004.”

“ANDRINO HERNÁNDEZ, Manuel. Especificación formal de los acuerdos en la sociedad anónima. AAMN, T. XXX, V. II, 1991.”

“ARISTÓTELES. Metafísica, Colección Austral, Madrid, 1980.”

“ARROYO, Ignacio. Reflexiones en torno al interés social. En AA. VV., Derecho de Sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero, V. II, McGraw-Hill, Madrid, 2002, págs. 1845 - 1858.”

“ART, Robert C. Shareholder Rights and Remedies in Close Corporations: Oppression, Fiduciary Duties, and Reasonable Expectations. Journal of Corporation Law, 2002-2003, págs. 372 – 418, ver en: <www.heinonline.org>.”

“BÉRGAMO, Alejandro, Sociedades anónimas. Las acciones, T. II, Madrid, 1970.”

“BORDA, Guillermo A., Tratado de derecho civil, Contratos, T. II, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1974.”

“BROWNLEE, Hunter J. The shareholders agreement: a contractual alternative to oppression as a ground for dissolution, Stetson Law Review, V. XXIV, págs. 268307, ver en: www.justice.law.stetson.edu.”

“CARRASCO PERERA, Ángel. Accionistas en minoría e interés social. Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 745/2008 (Tribuna), Aranzadi, Pamplona, 2008.”

“COHEN DE ROIMISER, Mónica G., El interés social en la sociedad anónima,

Depalma, Buenos Aires, 1979.”

“COUTINHO DE ABREU, Jorge M. Interés social y deber de lealtad de los socios, RdS, núm. 19, 2002, págs. 39 – 56.”

“DÍAZ ECHEGARAY, José Luís, Los derechos mínimos del socio, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2005.”

“DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino F. Tutela de la minoría, impugnación de acuerdos lesivos (art.67 LSA), Universidad de Valladolid, Secretariado de publicaciones, Valladolid, 1957.”

“DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino F. Introducción a la protección de los derechos del accionista frente a los acuerdos de la mayoría, RdS, 1993.”

“ESTEBAN VELASCO, Gaudencio. El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del derecho español. Madrid, 1982.”

“ESTEBAN VELASCO, Gaudencio. Sociedad anónima: principales aspectos y problemas de su regulación, RdS, núm. 2, 1994, págs. 133-145.”

“ESTEBAN VELASCO, Gaudencio. Junta general de la Sociedad Anónima. En EJB, Civitas, Madrid, 1995”

“JHONSON, Simon – LA PORTA, Rafael – LOPEZ DE SILANES, Florencio – SHLEIFER, Adrei. Tunneling, AER Papers and Proceedings, Mayo, 2000, ver en: www.economics.harvard.edu.”

“JUSTE MENCÍA, Javier - IGARTÚA ARREGUI, Fernando. Deberes de los administradores (Reforma de la LSA por la Ley de Transparencia. RdS, núm. 24, 2005, págs. 75 - 89.”

“JUSTE MENCÍA, Javier. Los derechos de minoría en la sociedad anónima. Aranzadi, Pamplona, 1995.”

“LLEBOT MAJO, José Oriol. Los deberes de los administradores de la sociedad anónima. Civitas, Madrid, 1996.”

“MARTÍ LACALLE, Rocío. El ejercicio de los derechos de minoría en la sociedad anónima cotizada. Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003.”

“MARTÍNEZ SANZ, Fernando. La representación proporcional de la minoría en el Consejo de Administración de la Sociedad Anónima, Civitas, Madrid, 1992.”

“MIQUEL RODRÍGUEZ, Jorge. De la Junta General, en ARROYO, Ignacio - EMBID,

JOSÉ MIGUEL (COORD.), Comentarios a la ley de sociedades anónimas, V. II, Tecnos, Madrid, 2001.”

“MUÑOZ MARTÍN, Noemí. Disolución y derecho a la cuota de liquidación, Lex Nova, Valladolid. 1991.”

“PALÁ BERDEJO, Francisco. El cómputo de la mayoría en la junta general de accionistas, RDM, 1965.”

“PASTOR MUÑOZ, Nuria, La relevancia penal de los acuerdos de las mayorías de las sociedades (artículo 291 CP), Indret: Revista para el Análisis del Derecho, núm.1,2008.”

“PAZ-ARES, Cándido, Comentario del Código Civil, T. II, Centro de publicaciones de la Secretaría General Técnica, Madrid, 1991.”

“PAZ-ARES, Cándido, ¿Dividendos a cambio de votos?, McGraw-Hill, Madrid, 1996.” “PAZ-ARES, Cándido. La sociedad en general: caracterización del contrato de sociedad. en URÍA-MENÉNDEZ, Curso de Derecho mercantil, T. I, Civitas, Madrid,2006, págs. 469 – 501.”

“PAZ-ARES, Cándido. La sociedad en general: elementos del contrato de sociedad.”

“URÍA-MENÉNDEZ, Curso de Derecho mercantil, T. I, Civitas, Madrid, 2006, págs. 503 – 529.”

“POLO SÁNCHEZ, Eduardo. Abuso o tiranía. Reflexiones sobre la dialéctica entre la mayoría y minoría en la sociedad anónima. En AA. VV., Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, T. II Sociedades Mercantiles, Civitas, Madrid, 1996.”

“RIBAS FERRER, Vicent. Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador de sociedades. Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, Facultad de Derecho, 2004, ver en www.tesisenxarxa.net.”

“RUBIO VICENTE, Pedro J. Una aproximación al abuso de minoría en la sociedad anónima», RdS, núm. 21, 2003, págs. 81 – 108.”

“SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, Juan Carlos, El objeto social en la sociedad anónima, Civitas, Madrid, 1990.”

“SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Manuel María. La buena fe en las relaciones societarias y la affectio societatis (SAP Ciudad Real de 11 de diciembre de 1992), RdS, núm. 2, 1994.”

“SÁNCHEZ ANDRÉS, Aníbal, El derecho de suscripción preferente del accionista, Civitas, Madrid, 1973.”

“SÁNCHEZ LINDE, Mario. El principio de mayoría en la adopción de acuerdos de la junta general de la sociedad anónima. RdS, núm. 33, 2009, págs. 7 - 566.”

“SÁNCHEZ LINDE, Mario. La posible atribución de voto de calidad o voto dirimente al presidente de la junta de accionistas de la sociedad anónima», en

Jornada Internacional: “Reflexiones sobre la junta general. Ilustre Colegio Notarial de Madrid, 20 de abril de 2009, ver en www.proyectojuntageneral.org.”

“SÁNCHEZ MELGAR, Julián. El abuso de posición de dominio: imposición de acuerdos abusivos y acuerdos lesivos (arts. 291 y 292 del CP). En MARTINEZCALCERRADA Y GÓMEZ, Luis (Dir. y Coord.), Homenaje a Don Antonio Hernández Gil, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, V. 3, 2001, págs. 3227-3236.”

“SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes. Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital (Artículo 52 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo), Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000.”

“SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes. La facultad de exclusión de socios en la teoría general de sociedades, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006.”

“SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan. El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada. RDM, núm. 246, 2002.”

“SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan. De los presupuestos del concurso. En SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan – GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, (Directores), Comentarios a la legislación concursal, V. I, Lex Nova, Valladolid, 2004.” “THOMPSON, Robert B. The shareholder's cause of action for oppression, The Business Lawyer, V. 48, 1993, págs. 699 – 745, ver en: www.heinonline.org.”

“TOBIO RIVAS, Ana María. Limitaciones de los derechos de asistencia y voto del accionista (art.105 LSA), Civitas, Madrid, 1995.”

“VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo. Sociedades anónimas y de responsabilidad limitada: legislación concordada jurisprudencia y bibliografía, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007.”

“VÁZQUEZ LÉPINETTE, Tomás, La protección de las minorías societarias frente a la opresión, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007.”

“VICENT CHULIÁ, Francisco, Compendio crítico de Derecho Mercantil, T. I, V. 1º, Ed. Bosch, Barcelona, 1991.”

“VICENT CHULIÁ, Francisco. Problemas candentes de la sociedad anónima. RGD, núm. 591, 1993, págs. 11.910-11.942.”

“VICENT CHULIÁ, Francisco, Introducción al derecho mercantil, 20ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.”

Objetivo de la tesis:

De acuerdo al autor de la tesis se buscará:

Investigar los distintos conflictos que nacen a partir de la instauración del sistema mayoritario, los abusos que con este método pueden llegar a generarse, como lo son el abuso de mayoría, dado que unos pocos pueden someter al resto y; el abuso de minorías, dado que los mecanismos creados para la tutela de la minoría pueden ser utilizados para paralizar e interferir injustamente bloqueando la actuación de la sociedad con intereses mezquinos y egoístas (p.13).

Instrumentos de recolección de datos:

Se ha utilizado el mecanismo de recopilación de información a través de fuentes documentales, bibliográficas e informes.

Conclusión de la tesis:

De acuerdo al autor y su enfoque en la voluntad social, concluye que:

[...] En cuanto a las definiciones de los conceptos mayoría y minoría, podemos indicar que la «mayoría» no se trata de un accionista o grupo de ellos que surgen por el resultado de una junta determinada, tampoco se trata de quien posea mayor capital social. Sino que la mayoría va a estar constituida por un grupo de poder organizado y consolidado que gobierna y controla a la sociedad. No necesariamente este grupo mayoritario va a ser propietario de la mayor parte del capital social (más aún en sociedades abiertas), el cual se encuentra en manos de numerosos accionistas dispersos y desinteresados en la gestión de la sociedad. Por el contrario, la «minoría» serán todos los accionistas que no formen parte de aquel grupo de poder estable que controla y gobierna a la sociedad y, en consecuencia, subordinado a las decisiones que adopte la mayoría.

[...] En efecto, la mayoría no se presenta de forma omnipotente, la cual encontrará los límites a su poder en cuanto sus decisiones tendrán que estar orientadas en la búsqueda del interés social y en el respeto de los derechos individuales del accionista. En tal sentido, la mayoría debe representar el interés de la sociedad, cuando se aparta de este interés

estaría abusando de su potestad y pasaría a representar el interés particular o de un tercero. Así pues, la Ley creará un sistema de impugnación judicial para que, ante una situación en donde la mayoría desvíe su poder en beneficio propio o de un tercero afectando el interés social, se permita a todos los accionistas de buscar anular aquella actuación abusiva de la mayoría.

[...] En definitiva, concluimos el presente trabajo con la idea de que la Ley le entrega el poder a la mayoría para que ésta pueda conformar la voluntad social. De ahí, la importancia que adquiere el interés social como pauta de conducta en cuanto la mayoría debe respetarlo al completar las omisiones de lo pactado en el contrato social. Pero ese poder debe también respetar el principio de legalidad, tendrá que desenvolverse con buena fe, con fidelidad a la sociedad y a los consocios, y sin caer en abusos. Todo esto determina que la mayoría no puede utilizar aquel poder en beneficio de su interés extrasocial en detrimento del interés social (p. 123-130).

C. Con relación a la Tesis *“CONFLICTOS EN LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA ARGENTINA: SU SOLUCIÓN A TRAVÉS DEL RETIRO, LA SEPARACIÓN, LA EXCLUSIÓN Y LA DISOLUCIÓN. MECANISMOS ALTERNATIVOS”*, se encuentra ubicado en la ciudad de Valencia, España y fue sustentado para obtener el grado de académico de Doctor en Derecho, en el Programa de Doctorado: “Derecho, Empresa y Justicia” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia (Pardini, 2015).

Lo relevante de esta tesis es que aborda, en específico, el contexto del contrato social que en esta materia cumple un papel esencial, teniendo en cuenta los vacíos legales o supuestos de hecho no previstos en su legislación los que en relación al hecho irrefutable de que el conflicto societario difícilmente se resuelve en un tribunal, implica realizar una significativa labor preventiva en la elaboración del contrato societario. Por otro lado, el autor considera que dicha actividad es indispensable frente al texto de leyes vigente y, mucho más aún, en la Sociedad de Responsabilidad Limitada, como tipo de empresas de menos tamaño, pero mayoritarias en el país argentino.

En atención a lo mencionado, el autor de la referida tesis señala que, para dar soluciones claras, es preciso abordar de manera meticulosa el estudio del conflicto societario, puesto que sin conocer éste, resultará complejo plantear modificaciones legislativas, elaborar un contrato social, propuestas de resolución de conflictos extrajudiciales o intervenir en los procesos judiciales derivados de una relación societaria”

Bibliografía:

“ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS. Interés social y derecho de suscripción preferente, Ed. Civitas, Madrid, 1995. La Exclusión de Socios. en Tratando de la Sociedad Limitada.”

“PÁZ-ARES, C. La reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los conflictos societarios en las sociedades familiares. en AAVV. (DIRS. C. CAMISÓN Y J. VICIANO), Dirección, organización del gobierno y propiedad de la empresa familiar: Un análisis comparado desde la Economía y el Derecho, Ed. Tirant lo blanch,

Valencia, 2015, pp. 103 a 126. Requisitos subjetivos y unipersonalidad, en La Sociedad Limitada Nueva Empresa.”

“BOQUERA MATARREDONA, JOSEFINA (Directora), Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003. Capital social y participaciones sociales, en La Sociedad Limitada Nueva Empresa.”

“BOQUERA MATARREDONA, JOSEFINA (Directora), Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003.”

“BOQUERA MATADERRONA, JOSEFINA - LATORRE CHINER, NURIA.

La Configuración Estatutaria de Competencias en la Sociedad Anónima Cerrada. Sociedades Comerciales- Los administradores y los socios- Problemas societarios. Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003.”

“EMBID IRUJO, J.M. y VÍTOLO, D.R. (Directores), Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005.”

“BORDA, GUILLERMO A., Tratado de Derecho Civil Argentino - Obligaciones, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.”

“BORDA, GUILLERMO J., La persona jurídica y el corrimiento del velo societario, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000.”

“BOTTERI (H), JOSÉ D. - COSTE, DIEGO. El nuevo concepto de sociedad. Los aspectos empresarios en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994), Ed. Fidas, Buenos Aires, 2015.”

“BROSETA PONT, MANUEL, Manual de Derecho Mercantil, Ed. Tecnos, Madrid, 1990.”

“BROSETA PONT, MANUEL – MARTÍNEZ SANZ, FERNANDO, Manual de Derecho Mercantil, Ed. Tecnos, Madrid, 2008.”

“BRUNETTI, ANTONIO, Tratado del Derecho de las Sociedades, Traducción de SOLÁ CAÑIZARES, FELIPE DE, Ed. UTEHA Argentina, Buenos Aires, 1960, t. I.”

“DUPRAT, DIEGO A.J. (Director), Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013. La exclusión y separación del accionista en las sociedades anónimas cerradas, La Ley, t. 2013-A.”

“EMBID IRUJO, JOSÉ M., Consideraciones generales sobre la Sociedad Limitada Nueva Empresa, en La Sociedad Limitada Nueva Empresa.”

“BOQUERA MATARREDONA, JOSEFINA (Directora), Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003. Reflexiones sobre el Régimen Jurídico de las Pequeñas y Medianas Empresas en la reforma de Derecho de sociedades español, en ¿Sociedad anónima o sociedad de responsabilidad limitada?, AAVV, Ed. Civitas SA, Madrid, 1992.”

“EMPARANZA, ALBERTO, Comentario de la Ley de Sociedades de Capital, AAVV. OJO, ÁNGEL - BELTRÁN, EMILIO (Coordinadores), Ed. Civitas, Madrid, 2011.”

“ENTELMAN. Reseña crítica de jurisprudencia en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, 1971.”

“MAN, ADRIANA C. - PARDINI, MARTA G., Ley de Sociedades Comerciales, Anotada con Jurisprudencia, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, t. 1, 1991.”

“MANÓVIL, RAFAEL. El uso derivado de los mecanismos societarios como supuesto excluido de la caducidad del art.251 de la LS en un fallo que marca un hito. El Derecho, t. 168.”

“MARCHESINI, GUALTIERO M., Arbitraje societario, Revista de Mediación y Negociación, IJ Editores, 04/07/2014. Arbitraje en las Sociedades Familiares, Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa, Buenos Aires, Año II, núm. 4, agosto 2011.”

“MARTORELL, ERNESTO, Sociedades de Responsabilidad Limitada, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1989. Sociedades Anónimas, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988.”

“MASCHERONI, FERNANDO, Manual de Sociedades de Responsabilidad Limitada, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1985.”

“MEDINA, GRACIELA. Ejercicio de los derechos societarios por el poseedor heredero, La Ley, t. 1991.”

“MOGLIA CLAPS, GUILLERMO A. - TEVISAN, JUAN C., Sobre la exclusión incausada basada en la voluntad contractual de una mayoría social. Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, 1985.”

“MOLINARI, ANTONIO M. – PAULERO, ERNESTO, Sociedades de responsabilidad limitada, Ed. El Ateneo, 1943.”

“MOLINA SANDOVAL, CARLOS A., Régimen Societario. Parte General, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004. Sociedades Anónimas Unipersonales. La Ley, t.2014-F.”

“MUÑOZ PLANAS, JOSÉ M., Algunos problemas del arbitraje en materia de sociedades mercantiles. Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría, AAVV, Ed. Civitas, Madrid, 1978.”

“NINO, CARLOS S., Un país al margen de la Ley, Ed. Emecé, 1992, reedición Ed. Ariel, Barcelona, 2005 y reimpresión Ed. Ariel, Buenos Aires, 2014.”

“NISSEN, RICARDO A., Curso de Derecho Societario, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2005.”

“OBARRIO, MANUEL, Curso de derecho comercial, Ed. Científica y Literaria Argentina Anastasio Martínez, Buenos Aires, 1924.”

“OLAVARRÍA IGLESIA, JESÚS., El arbitraje societario en la reforma del 2011 de la Ley española de Arbitraje: el reconocimiento legal de una realidad. VI Congreso Argentino Español de Derecho Mercantil, San Rafael, Provincia de Mendoza, República Argentina, diciembre 2012.”

“RODRÍGUEZ DE LA PUENTE, LUIS., Los distintos modos de deliberar y tomar acuerdos sociales en las SRL. en Derechos Patrimoniales, Estudios en Homenaje al Profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard, FILIPPI, LAURA L. y JUÁREZ, M. LAURA(Directoras), Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2001, t. I.”

“ROITMAN, HORACIO, Ley de sociedades comerciales, comentada y anotada, Ed. La Ley, Buenos Aires. Impugnación de decisiones asamblearias. Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones (RDCO), Ed. De palma, Buenos Aires, t. 1984. 313”

“ROJAS, JORGE A., El arbitraje como contrato en el Proyecto de Código. La Ley, t. 2012-F.”

“ROMANO, ALBERTO A., Separación y exclusión de socios en las SA cerradas y en las SRL. 04/09/2012, www.microjuris.com”

“ROUSSEAU, JEAN J., Contrato Social, Colección Austral, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1975.”

“SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO., Elección del tipo societario: sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada y comanditaria por acciones., En ¿Sociedad anónima o sociedad de responsabilidad limitada?, AAVV, Ed. Civitas SA, Madrid, 1992.”

“SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO - SÁNCHEZ CALERO-GUILARTE, JUAN, Instituciones de Derecho Mercantil, Thomson-Aranzadi, Navarra, 28ª edición. Huerta Grande, Provincia de Córdoba, República Argentina, 1992, t. II.”

Objetivo de la tesis:

Según la autora el objetivo de la tesis, es el que prescribe expresamente:

[...] El propósito, pues de este trabajo consiste en adentrarnos directamente en el análisis de la estructura de la sociedad de responsabilidad limitada dentro del régimen legal actualmente en vigencia, describiendo sus problemas más frecuentes y las carencias o contradicciones de las disposiciones que las regulan, acercando propuestas de *lege ferenda*, y realizando una tarea específica para proponer cláusulas contractuales idóneas para la identificación y prevención de los conflictos, y para brindar instrumentos efectivos para su solución a través de vías alternativas al ámbito jurisdiccional (p. 18).

Instrumentos de recolección de datos:

Se empleó el mecanismo de recopilación de información a través de bibliografía y jurisprudencia comparada.

Conclusión de la tesis:

Una de las conclusiones, que prescribe la referida tesis, en relación a la materia de investigación es la siguiente:

“En tanto no se vea afectado el orden público debe primar el principio de autonomía de la voluntad de los socios contratantes, quienes se encuentran habilitados para incorporar al estatuto social todas las previsiones que consideren atinentes para regular el normal funcionamiento de la sociedad, para evitar conflictos y para, en su caso, superarlos con el menor coste posible para todos los involucrados, con la finalidad de mantener la subsistencia del ente.

[....]

La posibilidad de retirarse de la sociedad puede otorgarse a cualquier socio en tanto se haya contemplado en el estatuto, se ejerza luego de una comunicación fehaciente y anticipada, no sea intempestiva y se efectivice cuando la sociedad se encuentre en determinado estado patrimonial y financiero que le permite afrontar el reembolso de la participación del socio saliente.

El retiro voluntario de socio es un modo de prever un conflicto y de establecer una forma ágil de autoseparación para superarlo, que evitará la prolongación de una situación indeseada y sumamente perjudicial para las partes. Poderlo concretar sin invocación de causa es una válida alternativa al ejercicio del derecho de separación o receso que exige siempre una causal previa.

[...]Es posible pactar como causal de exclusión de un socio la decisión de los restantes, en tanto esos socios reúnan una mayoría de capital suficiente como para introducir reformas y modificaciones al contrato constitutivo.

[...] Es apropiado convenir tanto las instancias negociadoras previas como la forma en que la mediación se llevaría a cabo en caso de desencadenarse un conflicto intrasocietario.

[...] El arbitraje es otro posible método de resolución de conflictos derivados del contrato de una sociedad [...] “(p. 283-292).

D. Con relación a la Tesis *“LA PROTECCION JURIDICA DE LOS ACCIONISTAS MINORITARIOS DE LA SOCIEDAD ANONIMA”*, se encuentra ubicado en la ciudad de Managua, Nicaragua y fue sustentado para obtener el grado de académico de Doctor en Derecho, en el Programa de Doctorado: “Cuestiones Actuales de Derecho” de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centro América - UCA (Palacios, 2016).

Es importante rescatar que se ha desarrollado el derecho de las minorías y mayorías accionarias, como las condiciones e implicaciones de la existencia de accionistas mayoritarios y minoritario; asimismo se ha planteado el origen de las principales controversias que podrían surgir entre las tendencias de la mayoría y los de la minoría; consecuentemente, se desarrolla algunos principios societarios importantes relacionados al derecho de los accionistas.

Dentro de la temática del Gobierno Corporativo, se identifica los abusos de la mayoría accionaria, en el derecho de la convocatoria a la Asamblea General de Accionistas, en perjuicio de las minorías. También, se despliega algunas consideraciones jurisprudenciales en referencia a los Derechos de los accionistas minoritarios; así como, la determinación de los mecanismos y recurso de protección jurídica de los Derechos de las minorías ante las mayorías accionarias, Finalmente se establece las conclusiones y aportes.

Bibliografía:

“ACQUARONE M.T. (2013). El sistema admite a través de la libertad contractual elaborar los pactos entre los accionistas (art. 1137 Código Civil) XII Congreso Argentino de Derecho Societario recuperado el 15 de noviembre del 2015

<https://respositorio.uade.edu.ar/xmlui/bitstream/handle/.../CDS12010353.pdf>”

“AGUILAR TORRES J.I. (2011). El voto electrónico societario ante la transposición de la Directiva 2007/36/CE. Derecho de los Negocios, N° 245, Sección Artículos.”

“AGUIRE W. (2008). Protección a accionistas minoritarios. Publicado por: Revista, Derecho & Sociedad PWC Lima, Perú recuperado 11 de Octubre 2015 blog.pucp.edu.pe/blog/derysoc/2008/09/19/protección-a-accionistasminoritarios/”

“AGUNDEZ MIGUEL ANGEL MARTINEZ SIMANCAS / JULIAN (2011). (Dirs), Accionistas minoritarios, Cuadernos de Derecho para ingenieros, Madrid, La Ley.”

“ALFARO AGUILA REAL J. (2005). Los problemas contractuales en las sociedades anónimas cerradas. Universidad autónoma de Matriz, revista para el análisis del derecho, recuperado 15 de Noviembre www.indret.com”

“ALFARO AGUILA REAL J. (2013). El derecho de información del accionista. <http://derechomercantiles pana.blogspot/2013/10/el-derecho-de-informacion-del-accionista.html> viernes, 11 de octubre de 2013.”

“ALFARO AGUILA REAL J. (2014). Impugnación de los acuerdos sociales. recuperado www.derechomercantiles pana.blogspot.com.es”

“ARISTIZABAL VELAZQUEZ D. (2012). Etiología y fundamento constitucional del principio general de la buena fe en Colombia. Recuperado el 2 de octubre del 2013 de <http://www.monografias.com/trabajos38/principio-buena-fe/principio-buena-fe2.shtml>.”

“ARAGÓN ALONSO I. (2012). Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos: necesario, pero ¿suficiente y eficiente? Publicación: Revista Aranzadi Doctrinal núm. 2/2012 (Estudio). Editorial Aranzadi.”

“ÁVILA DE LA TORRE, (2005). En sindicación de acciones, panorama actual, en Derecho comercial y de las obligaciones. Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y práctica N° 211, lexis Nexis; Marzo-Abril, págs...279ss.”

“ASCARELLI T. (2009). El Abuso De Poder De Las Mayorías En Las Sociedades (Parte2)Recuperado15062014http://admindeempresas.blogspot.com/2000/02/el-abuso-de-poder-de-las-mayorias-en_02.html”

“BARRAGÁN L. &BUGALLAL M. (2014) Pág. 1. Derecho a la separación de socios por la no distribución de dividendos Eurojuis España. recuperado 25 septiembre2014 <http://asociación-eurojuris.es/publicaciones/derecho-a-la-separaciónde-socios-por-la-no-distribución-de-dividendos/>”

“BELTRÁN E. & ROJO A. (2011). Comentarios de la ley de sociedades de capital. Civitas Thompson Reuters Editorial Aranzadi, S.A. Madrid, España”

“BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO RODRIGO (2001) (coord); comentarios al Código Civil; Aranzadi; Pamplona; págs. 81 s.”

“BRENES CORTEZ J (2012). Derecho de la minoría al dividendo: el controvertido art.348 bis. LSC. Revista Aranzadi Doctrinal núm. 8/2012 parte Estudio Editorial

Aranzadi, SA, Pamplona.2012.”

“BROSETA, M. & MARTINEZ, F. (2011). Manuel de Derecho Mercantil. (18ava Edición) Madrid Editorial Tecno”

“BRUNETTI A. (2001). Sociedad anónima. Tratado de sociedades. Serie Clásicos del Derecho Societario, Italaia, Editorial Jurídica Universitaria México D.F.”

“BRUNA CAMARGO, VANESSA NEUBAUE (2014): Contribuciones da ética para agovernanca corporativa. En Revista da Universidad de Vale do Rio Verde, vol. 12, N° 2, pág.244.”

“CALENDARIO M & RODRÍGUEZ L. (2011) El derecho de impugnación de los Acuerdos de las Sociedades Anónimas tras el Real Decreto Legislativo 1/2010 y las Sociedades Cooperativas Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Núm. 727 Universidad Carlos III de Madrid Páginas: 2623-2661”

“CABANAS TREJO R. (2014). Cambios en el régimen de la junta general de las sociedades anónimas, Tratado de sociedades. Serie Clásicos del Derecho Societarios, Italia, Editorial Jurídica Universitaria México D.F.”

“CREMADES B.M. (2006). El arbitraje en la doctrina del Tribunal Constitucional. En

Las transformaciones del derecho de trabajo en el marco de la constitución Española.

Madrid, recuperado 13 de junio 2015.

[Http://www.limaarbitration.net/LAR1/Bernardo_m_cremades.pdf](http://www.limaarbitration.net/LAR1/Bernardo_m_cremades.pdf)."

“CÓRDOBA BUENO, MIGUEL (2014) Oferta Pública de Adquisición de Acciones. Recuperado 22 de Enero 2016 <http://www.expansion.com/diccionario-economico/oferta-publica-de->

adquisicion-de-acciones.html”

“CRUZ G. R. (2012). Los seis principios básicos del Gobierno Corporativo emitidos por la OCDE. Recuperado 12 09 2014 www.acad-mx.com Mexico.D.F.

<http://www.expansion.com/diccionario-economico/oferta-publica-de-adquisicion-de-acciones.html> “

“DE CASTRO JOSÉ LUIS (2014). Las acciones de impugnación de acuerdos sociales son acciones de cumplimiento, no acciones de nulidad. Recuperado 12/08/2015 <http://derechomercantiles pana.blogspot.com/2014/11/las-acciones-de-impugnacion-de-acuerdos.html>.”

“DE ROS CEREZO RAFAEL MATEU (2009). Principio de igualdad de trato de los accionistas. Conforme a la ley 3/2009: accionistas significativos, derechos políticos y representación proporcional (1) revista de derecho del mercado de valores, n° 5, sección estudios, editorial la ley España.”

“DÍAZ, E. (2005). Los derechos mixtos. Recuperado el 12 de octubre de 2012 de <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/derecho-mixtos-379794022>.”

“ECHEVERRÍA, M. (2005). El efecto dilución y los derechos preferentes de suscripción de acciones recuperado 23/10/12 http://www.redcontable.com/dc/universidad/articulo_2005_enero_mecheverria.pdf.”

“EMBID IRUJO (2014) La libertad contractual en Derecho de Sociedades Revista Chilena de Derechos recuperado 12/07/2014: <http://derechomercantiles pana.blogspot.com/2014/02/lalibertad-contractual-en-derecho-de.html>”

“EMBID IRUJO J.M., Grupos de sociedades y accionistas minoritarios la tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987.”

“FAUS, M. (2012). Accionistas privilegiadas breviarío mercantil, breviarío mercantil 3 sociedades anónimas, los estatutos de la sociedad anónima. Recuperado 18 de noviembre 2012 <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/acciones-privilegiadassociedad-oacute-66934052>.”

“FAUS, M. (2012). Accionistas privilegiadas breviarío mercantil, breviarío mercantil 3 sociedades anónimas, Junta General de la sociedad anónima. Recuperado 7 de agosto 2012 <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/pactos-parasociales-66944125>”

“FARRANDO I M. (2011). Artículo 132.2 LSA 1989 y cese de administradores designados por la minoría debido a la existencia de un conflicto de interés estructural y permanente. (Sentencia del JM núm. 1 de Bilbao, de 9 de julio de 2010 (ACS v. IBERDROLA). Diario La Ley, N° 7696, sección Doctrina.”

“FERRER R. (2010). Deber de Lealtad del Administrador de sociedades. Barcelona España. Librería Jurídica Barcelona España”

“FRIDMAN, SUSANA A (2005). La autonomía de la voluntad y el orden público societario. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas. Recuperado 17/07/2014, <http://www.unne.edu.ar/unnevieja/Web/cyt/com2005/1sociales/S-007.pdf>. República Argentina.”

“FRIGOLA A. & GÓMEZ-POMAR F. & JIMENEZ-LAIGLESIA J. & MASIA J.

& DLAPIPER (2013). Interés social y buen gobierno corporativo: impugnación de acuerdos sociales: (comentario a los Autos de 21-7-2011 del Juzgado Mercantil número 9 en el procedimiento de medidas cautelares 383/2011 y de 20-07-11, del juzgado Mercantil número 1 en el procedimiento de medidas

cautelares 365/2011, en la impugnación de acuerdos sociales de Sacyr Valle hermoso S.A). En 2013 Practica Contenciosa para Abogados. LA LEY. Madrid.”

“FUENTES NAHARRO M (2008). Acciones externas de grupos de sociedades: una primera aproximación a la necesidad de extender la perspectiva tuitiva a la sociedad Matriz. recuperado de: <http://www.ucm.es/eprintswww.ucm.es/BUCM/der/10437.php>. Universidad Complutense Madrid, España.”

“FUENTES NAHARRO M (2012). El accionista depredador. Un acercamiento a la figura y su problemática a partir de la experiencia comparada. Departamento de Derecho Mercantil(UCM) Publicación: Revista de Derecho bancario y Bursátil.128/2012 parte Art. Doctrinal Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Madrid.”

“GARRIDO ESPA L. (2008). Órganos de la Sociedad Capital. Diario La Ley.”

“GASPAR LERA. S. (1999). Eficacia Subjetiva del Arbitraje Actualidad Civil, Sección Doctrina.”

GARRIGUEZ J&A (2014). EL derecho de separación por no reparto de dividendos. recuperado 05/07/2014 <http://www.garrigues.com/es/publicaciones/articulos/paginas/El-derecho-deseparacion-por-no-reparto-de-dividendos.aspx>”

“GAGLIARDO, M. (2001). Exclusión del derecho de suscripción preferente del accionista, Recuperado 12 de noviembre 2014:

http://legalmania.com.ar/derecho/exclusion_derecho:suscripcion.html.”

“GARRIGUES J. (1999). Curso de Derecho Mercantil: editorial Porrúa,

México.

“GARCIA K (2001) Ética corporativa para la protección de las minorías en la S.A,
recuperado 28/04/2014, enlazado c
omo: <http://libros/revistas/derecho.vlex.es/vid/etica/corporativa-minorias-nuevavision425368902>”

“GARCIA DE ENTERRÍA JAVIER. (2010). La invocación del abuso de derecho en los litigios en Materia societaria. Madrid,
recuperado 12,032015 www.elderecho.com/.../invocacion-derecho-litigios-materiasocietaria 106.10.2010” “GARCÍA DE ENTERRÍA, JAVIER. (2015). Proporcionalidad entre capital y voto: mecanismos de quiebra del principio y su fundamento societario en Cuadernos de la cátedra Garrigas-Comillas de modernización del Derecho de sociedades. Vol. 4.”

“GIMENO RIBES M. (2015). Derecho de voto, interés social y estrategias en los mercados bursátiles: las situaciones de voto vacío (1). La Ley mercantil, N° 13, sección Sociedades.”

“GIRÓN T. (1986) Tendencia actuales y reforma de derecho mercantil (Estudios) .Civetas. Madrid España.”

“GÓMEZ MATEO C. J. (2015). Eficacia ad extra de los pactos parasociales. Realidad o ficción. Diario La Ley, N° 8578 Sección Doctrina.”

“GÓMEZ PORRUA J. M. (2006). Constancia de las circunstancias por las que resulte o se deduzca que la aprobación del acta ha tenido lugar. Derecho de los negocios. N° 190-191. Sección Sociedades.”

“GUILLEN R. (2000). El derecho de preferencia: suscripción preferente o

Adquisición. Publicado en Revista Peruana de Derecho de la Empresa recuperado 26 de noviembre del 2011 de <http://www.teleley.com/6guillen-52.pdf>

“HERNÁNDEZ DEL POZO. L. (2014). Acerca de la licitud de los pactos para sociales para el consejo. La mala regulación de la cuestión en el proyectado Código Mercantil. La ley Mercantil, N° 3, Sección Sociedades, Junio 2014.”

“HERNANDO MONTOYA A. (2000). Los derechos Del Accionista Minoritario. Dr. Publicado en Revista Peruana de Derecho de la empresa. Balance de la LGS a 3 años de su vigencia N°52 Recuperado 12/12/15 <http://www.teleley.com/2montoya-52.pdf>.”

“HERRERA J.J. (2011). Estudio Introductorio, Ley de Mercado y Capitales, Colección Legislativa, Facultad de Ciencias Jurídicas Universidad Centroamericana (UCA) Nicaragua. Segunda Edición.”

“HERRERA J.J. (2014). Teoría General de Sociedades, profesor adjunto de Derecho Mercantil, Universidad Centroamericana, LJCA. Recuperado 21 de junio 2016: 1 www.lamjol/index.php/DERECHO/article/viewfile/1545/1348 (pág. 45)”

“IRIBAS B. (2013). El abuso de los minoritarios en las sociedades de capital. LSC España <http://legaltoday.com/practic-sociedades-de-capital> recuperado 12/09/2014

JIMENEZ SANCHEZ G. (2010). Lecciones de Derecho Mercantil. Décimo cuarta edición Editorial TECNOS España.”

“JIMENEZ SÁNCHEZ G (2009). Derecho Mercantil I (13ava. Ed) Barcelona: Editorial Ariel. España.”

“LEYVA OLARTE J. (2011). Comentario de la sentencia Tribunal Supremo de 19

de abril de 2010 Comentarios de las sentencias de unificación de doctrina (civil y Mercantil). Volumen 4.0 (2010). Sumario (2011) Paginas: 637-659 <http://librosrevistas-derecho.vlex.es/vid/comentario-sentencia-tribunal-supremo-19-396100898> de Benito Peña J. (2002) Los derechos de la minoría ante la aprobación de cuentas Editorial Especial Especial Directivos LA LEY6867/2008.”

“LUZON/ROSO, (2010). Concurso entre apropiación indebida y administración desleal en BOIX (Dir.)/ LLORIA (coord.), Diccionario Derecho Penal Económico, 2008, pp. 33 y recuperado 230814 http://www.indret.com/pdf/745_es.pdf “

“MADRID SAINZ A & VIERA J (2014). La reforma del Derecho DE Sociedades De Capital Español Impugnación de acuerdos sociales Propuestas de reforma del Proyecto de Ley por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital (LSC) para la mejora del Gobierno Corporativo. España”

“MARDONES M. (2006). Sobre la extensión del régimen de Fusión de Sociedades establecido en la ley No. 18.046. Tomado el 15 de Septiembre del 2011 de www.rderecho.equipu.cl/index.php/rderecho/article/download/.../589 Revista de derecho de la Universidad Católica de Valparaíso Chile.”

“MARTINEZ S. 2013. Abuso de Minoría y ejecución Judicial de Acuerdos Sociales no Adoptados o rechazados. Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense Madrid. España.”

“MARCOS FRANCISCO D. (2011). Las garantías del arbitraje tras la reciente ley de reforma de la ley arbitral Actualidad Civil. N° 17. Sección A Fondo.”

“MEGIAS LOPEZ J. (2015). Competencia de la junta general de sociedades de capital en materia de gestión: relaciones internas y externas. Diario La Ley, N° 8608, Sección Doctrina.”

“MEGIAS LOPEZ J. (2014). Abuso de mayoría y de minoría en las sociedades de capital cerradas. RCU Escorial – Maria Cristina Publicación: Revista de Derecho Bancario y Bursátil núm. 132/2013 parte Art. Doctrinal Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Madrid.”

“MIROSA LOPEZ J. (2012). Arbitrabilidad de la Materia Societaria: La Soportable Levedad de la Ley 11/2011 de Reforma de la ley de Arbitraje. Diario La Ley, N°7927, Sección Tribuna.”

“MORALES MUÑOZ. E. (2007). Arbitraje. Concepto. Naturaleza. Fundamento. Clases. Arbitrajes Especiales. Actualidad Civil, N°17, sección a Fondo, Quincena.”

“MORALES, T. (2003). LA sociedad Anónima. En: Tratado de Derecho Mercantil. Tomo I: Gaceta Jurídica. 227 Lima, Perú.”

“MUÑOZ PALMA C. & TORTUERO ORTIZ J. (2013). Algunas cuestiones prácticas sobre la impugnación de acuerdos sociales. Revista Aranzadi Doctrinal num.8/2013 parte Estudio editorial Aranzadi, SA, Pamplona.”

“MULERO MARTÍNEZ VÍCTOR (2006). Las causas de impugnación de los acuerdos de los órganos colegiados de administración. Profesor Doctor de Derecho Mercantil. Universidad de Girona a Derecho de los negocios, N° 185, Sección Artículo, pag.5, Editorial LA LEY.”

“NAVAS, MENDOZA A. (2000). Curso Básico de Derecho Mercantil. Editorial Bitecsa Managua, Nicaragua, Profesora titular de Derecho Mercantil Universidad de León Nicaragua.”

“NURIA M. (2008). A relevancia penal de los acuerdos de las mayorías de las sociedades (artículo 291 CP) A la vez, una reflexión sobre la relación entre el delito de acuerdos abusivos y el delito de administración desleal, a propósito de las STS de 17 de julio de 2009 (caso BSCH) Universitat Pompeu Fabra,

Barcelona, España.”

“PAÑOS J.M. (2011). Los socios minoritarios frente a la mayoría: Opciones en la Ley de Sociedades de Capital. Madrid, España.”

“PAZ ARES, CANDIDO (1999): La sociedad en general. Elementos del contrato de sociedad, en Uría, Rodrigo/ Menendez, Aurelio; Curso de Derecho mercantil I; Civitas; Madrid no. 5.”

“PERALES VISCASILLAS P. (2012). Sociedades De Capital y arbitraje (Reforma De la Ley de arbitraje. Arbitraje de Equidad y Separación por Justa causa). Spain Arbitration Review. Revista del Club Español del Arbitraje. N°13. Sección Artículos.”

“PERO MAYANDIA M. (SF). El derecho De Información de los Accionista y el Artículo 52-A De la LGS Sobre Información Fuera de Junta” Revista de derecho: Themis 62”

“PETITTLAVALL M. V. (2012). Los límites al derecho de información y la reducción del número de consejeros en la sociedad anónima: A propósito de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Bilbao de 10 de enero de 2012. Diario LA LEY. N°7882. Sección Doctrina.”

“POLO, EDUARDO. (1996). El abuso o Tiranía. Reflexiones sobre la dialéctica entre mayoría y minoría en la sociedad anónima. En: Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez. Madrid, Editorial Civitas, p. 2,276.”

“POLO VEREDA J. (1998). Naturaleza y formación de mayorías ficticias en los órganos de las sociedades Mercantiles. Por Diario La Ley, Sección Doctrina, 1998.”

“QUINTANA ADRIANO E. (2004). Protección de los accionistas minoritarios como una posible defensa del capital nacional ante el fenómeno de la

globalización. Boletín México de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXVII pp. 141-167 México.”

“RICHARD EFRAÍN H. (2000). Impugnación de liberación de asamblea o reparación de año por voto con interés contrario. Http://www.acader.unc.ar. Argentina.”

“RIVERA A. (2010). Resortes legales de protección en defensa de los socios minoritarios de una Sociedad Anónima. Revista número 53 Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España”

“RIVES SEVAS A. (2014) Delitos Societarios. Análisis Jurisprudencial del Tribunal
supremo español. (España) recuperado 010116
http:// www.seguridadpublica.es/2014/02/los-delitos-societarios-analisis-de-lajurisprudencia-del-tribunal-supremo”

“RICO CARRILLO M. (2008). La evolución normativa en el Derecho español de OPAS. Derecho de los Negocios. N°20113. Sección Artículos.”

“RICO CARRILLO M. (2008). La evolución normativa en el Derecho español de OPAS. Universidad Católica de Tachira (Venezuela) Derecho de negocios. N°213.SecciónArtículos. Junio 2008. Pag.5. Editorial LA LEY.”

“RIBAS FERRER V. (2010). Deber de lealtad y control de la gestión. Esta doctrina forma parte del libro: El deber de lealtad del administrador de sociedades. Edición N°Madrid.”

“ROBLETO ARANA, C. (2006). Derecho de Sociedades Mercantiles. Profesor adjunto de Derecho Mercantil Universidad Centroamericana, Edición Universidad Centroamericana, Edicion Universidad Centroamericana Managua Nicaragua.”

“ROCAAYMAR J.L. (2001). La rapidez en la resolución de Conflictos InterSocietarios Mediante El Arbitraje. Diario La Ley. Sección Doctrina.”

“ROS CEREZO R.M.D. (2009). Principio de Igualdad de Trato de los Accionistas Conforme a la Ley 3/2009: Accionistas Significativos, Derecho del Mercado de Valores. N°5. Sección Estudios”

“RODRIGUEZ, RODRIGUEZ J. (2003). Curso de Derecho Mercantil, Editorial Porrúa, México”

“RODRIGUEZ, RODRIGUEZ J. (1957). Curso de Derecho Mercantil Tomo I. (1era Ed). Editorial Porrúa: México”

“RODRÍGUEZ E. 2007. Algunas Consideraciones en cuanto al abuso de la mayoría accionaria y su protección. Revista de Actualidad jurídica, Pontificia Universidad Católica de Chile.”

“SÁEZ LACAVE M. ° I (2011). Blindajes, control Minoritario, y la Regla Una Acción un Voto. Revista de Derecho del Mercado de Valores, N°9, Sección Estudios.”

“SAEZ LACAVE M (2012). Nombramiento y cese de consejeros minoritarios. Revista para www.indret.com/analisisdelderecho, Barcelona España.”

“SAEZ LACAVE M. (2009). Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces, Facultad de Derecho Universidad Autónoma de Madrid”

“SAIZ S. (2010). Libertad de empresa vs igualdad, recuperado 17082014, accionistas <http://www.expansion.com/2010/06/08/opinion/llave-online/122869.html> SÁNCHEZ, CALERO. (1996). Instituciones de Derecho Mercantil. Editorial MC Graw-Hill Madrid España.”

“SÁNCHEZ LINDE M. (2010). EL acuerdo social en la sociedad anónima. Reflexiones en torno a su naturaleza jurídica. Actualidad Civil, N° 12, Sección A Fondo.”

“SANCHEZ-RAMADE CARRASCOSA E. (2010). Proyecto de Ley de reforma de la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo: Novedades en materia de impugnación de Acuerdos Sociales. Revista Aranzadi Doctrinal num.9/2014 parte comentario Editorial Aranzadi, SA, Pamplona.”

“SÁNCHEZ J. & CALERO G. (2006). Creación de valor, interés social y responsabilidad social

corporativa.http://www.ucm.es/info/mercantilwww.veraabogados.com.mx/.../Art_3_Derechos_de_las_minorias.html Recuperado 30/1/2014”

“SIERA S. (2014). El régimen de impugnación de los acuerdos sociales.Derechomercantiles.espana.blogspot.com/.../el-regimen-de-impugnacion-de... recuperación 30/4/2014”

“SALDAÑA VILLOLDO B. (2015). La nueva acción social de responsabilidad tras la ley 31/2014 para la mejora del gobierno corporativo. La Ley mercantil. N° 15. Sección Sociedades.”

“SEQUEROS SAZATORNIL F. (2006). La responsabilidad civil y penal de los administradores en el Derecho concursal. Diario La Ley. N° 6412. Sección Doctrina.” “SEQUEROS SAZATORNIL F. (2002). Los difusos contornos de los delitos societarios y su imprecisa frontera con otras conductas afines. Actualidad penal. N°15. Sección Doctrina.”

“SILVANA DEVOTTO (2014). Protección del accionista minoritario en la ley 16.060. Ley de sociedades comerciales de Chile.recuperado: 120515 <http://www.derechocomercial.edu.uy/revcomonlinedevotto.html>”

“SORIA SORJUS J. (2011). Consideraciones sobre el procedimiento de fusión de sociedades anónimas acordadas en junta universal. Diario La Ley, N°7680, Sección Doctrina.

“SOLÓRZANO A. (1974). Glosas al Código de Comercio, Concordancias y Jurisprudencia”. 2da Edición Banco de la Vivienda Managua Nicaragua.”

“TERRÓN G. (2010). Asociación de accionistas minoritarios de España. Recuperado 020814, Javierwww.consumer.es/ Economía/Finanzas 270512”

“VELÁSQUEZ RESTREPO (2014). Sobre El Abuso Del Derecho en materia de Sociedades.recuperado

0

20814,

de:file:///c:/users/downloads/abuso+del+derecho+materiade+sociedades.pdf”

“UGARTE VIAL JORGE (2012). Fundamentos y acciones para la aplicación del levantamiento del velo en CHILE. Revista Chilena de Derecho, vol.39 N° 3, [http:// dx.doi.org/10.4067/S0718-3437200300005](http://dx.doi.org/10.4067/S0718-3437200300005)”

“URÍA, RODRIGO/ MENÉNDEZ, AURELIO/GARCÍA DE ENTERRÍA JAVIER (1999);

La sociedad anónima: Principios fundamentales. URÍA, Rodrigo/Menéndez, Aurelio; Curso de Derecho mercantil I; Civitas; Madrid; pags. 831 ss.”

“URÍA, RODRIGO/ MENÉNDEZ, AURELIO/GARCÍA DE ENTERRÍA JAVIER (1999);

La sociedad anónima: la acción en general. URÍA; Curso de Derecho mercantil I; Civitas; Madrid; Madrid; págs. 831 ss.”

“URRAZA ABAD, J. 2006. La adopción de acuerdos abusivos como conducta constitutiva del delito societario recogido en el artículo 291 del Código Penal: acuerdos criminalizados y acuerdos de trascendencia meramente mercantil. En línea. Diario La Ley, 1996, Ref. D-290, Tomo 5, España.Disponible en

www.laleynexus.com”

“VINCENT CHULIA (2004) introducción al Derecho Mercantil 21va. Ed. Tirant Llobrich. Valencia, España.”

“VILLEGAS CARLOS GILBERTO (1995). Tratado de las sociedades. Editorial Jurídica de Chile pagina 17, recuperado 19 de mayo 2015

sd885e057b4f06633.jimcontent.com/.../capitulo%2015.%20raul\$20torres%20kirm...” “ZABALETA MARTHA. (2013). La protección del accionista minoritario, marco legal, deficiencia y propuesta de reforma. Universidad de Alcalá de España.”

“ZAFFARONI E.R. Derecho Penal y Derecho penal Económico
Introducción. El Derecho, Recuperado 16 de junio
2016...www.palermo.edu/.../ derecho/pdf/Derecho-penal-economico-
Petrone.pdf”

“ZARZALEJOS TOLEDANO I. (2015). Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos. LA LEY mercantil, N°16, Sección Sociedades.”

Leyes y Códigos:

“Constitución Política de Nicaragua (1987), publicada en la Gaceta Diario Oficial N° 05 del 09 de Enero de 1987. Edición actualizada Nica Ediciones, 2005.”

“Código Civil de la República de Nicaragua (1904), Editorial BITECSA, Edición 2007.”

“Código de Comercio de la República de Nicaragua (1914) Decreto Oficial del Estado DOE N° 270.”

“Código de Comercio de Guatemala (1971) Decreto Oficial del Estado DOE N° 270.”

“Código de Procedimiento Civil de la República Bolivariana de Venezuela

Transcrito de la Gaceta Oficial N° 475 del 21 de diciembre de 1955.”

“Código Penal de la Nación Argentina, ley 11.179 (T.O.1984 actualizado).

Código Penal de Nicaragua, ley N° 641 Publicada en la Gaceta N°s 83,84,85,86 y 87 del 5,6,7,8 y 9 de Mayo del 2008.”

“Código Penal de España 1995, Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.”

“Código Penal de Colombia (2000) reformado por la Ley de 2011, recuperado 1222015, http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislación/1_20130808_01.pdf.”

“Ley de Sociedades de Capital de España, real decreto legislativo número 1/2010 del 02 de julio, Boletín oficial del estado número 161, página 58, 472,2010.”

“Ley de Registro público de Nicaragua Ley N° 698, publicada en La Gaceta Diario Oficial número 17 de Diciembre del 2009.”

“Ley 25/2011, de 1 de agosto (RCL2011, 1516), de Reforma Parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio (LCEur2007, 1230)”

“Ley de Mercado de Valores Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones en materia financiera y se expide la Ley para regular las agrupaciones financieras. 30 de diciembre de 2005 texto vigente última reforma publicada dof 10-01-2014 versión vigente desde 10 julio 2014 México D.F. Ley del Mercado de Valores, nueva ley publicada en el diario Oficial de la federación.”

“LGS Ley n° 26887 del Perú (1997) recuperado 12092015 http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/oeur/arch/per/ley_general_sociedades.pdf”

“Ley número 902. Código Procesal Civil de la República de Nicaragua, publicada en la Gaceta Diario Oficial de la República de Nicaragua número 191 con fecha viernes 9 de octubre del año 2015”

“Ley 19.550 – texto ordenado por decreto 841/84, Ley de Sociedades Comerciales de Argentina 20 de marzo de 1984 boletín oficial, 30 de marzo de 1984. ley vigente sistema argentino de información Jurídica SAIJ”

“Decreto 841/84 Ley de sociedades comerciales de Argentina Buenos Aires, 20 de marzo de 1984 Boletín Oficial de la República número 191 con fecha viernes 9 de Octubre del año 2015”

“Principios del Buen Gobierno Corporativo. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico–OECD (2004)”

“VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa

http://congresods.uade.edu.edu.ar/greenstone/collect/congres1/archives/HAS_H01d4/1dd8ed37.dir/do.pdf Buenos aires”

“Ley 3/2009, Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades Mercantiles, publicado en el Boletín Oficial del Estado Número 82 del día 4 de abril del 2009.”

“Directiva 2004/25/CE (L 4837/2004) del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 relativa a las ofertas públicas de adquisición”

“Ley N° 831 LEY DE REFORMA Y ADICIONES A LA LEY N° 49. LEY DE AMPARO. Publicada en la Gaceta Diario Oficial número 61 del ocho de abril del año dos mil trece. Nicaragua. recuperado en [http://legislacion.samblea.gob.ni/.../Ley%20N° . %20 831%20reforma %20a%20](http://legislacion.samblea.gob.ni/.../Ley%20N%C2%831%20reforma%20a%20).”

“Ley N° 260 LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL DE LA REPUBLICA DE NICARAGUA (con sus reformas) Aprobada el 7 de julio 1998, publicado en la

Gaceta N°. 137 DEL 23 DE JULIO 1998 “

“Informe 2014 de Gobierno Corporativo de DeloitteTouche Corp. Boletín Gobierno Corporativo. La sociedad anónima y el accionista minoritario: problemática e importancia recuperado 22 de Diciembre del 2015

<http://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/mx/Documents/risk/GobiernoCorporativo/sociedad-anonima-y-accionista-minoritario.pdf>”

“Resolución CD-SIBOIF-561-1-NOV19-2008 De fecha 19 de noviembre de 2008 Norma sobre oferta pública de adquisición. Nicaragua.”

“DeloitteToucheTohmatsuLimited (2012), Boletín Gobierno Corporativo. La sociedad anónima y el accionista minoritario: problemática e importancia Boletín Gobierno Corporativo. México D.F., recuperado de:<http://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/mx/Documents/risk/GobiernoCorporativo/sociedad-anonima-y-accionista-minoritario.pdf>”

Jurisprudencia

“Resolución de Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Segunda) (16 de diciembre de 2010) Madrid, España.”

“Sentencia N° 126/2011 de AP CÓRDOBA, sección 3°, 6 de junio de 2011. Recuperado 12 de septiembre 2015-09-19.

http://app.vlex.com/#ww/search/jurisdition:ES+content_type:2+aplica_ley:21832688_9%3A394/*/ww/vid/351570786”

“Sentencia N°:531/2013 del Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil, Casación Núm.:1643/2010Madrid 19/09/2013”

“Sentencia: 00085/2012 Audiencia provincial sección 28 Madrid, recurso de

apelación bajo el número de Rollo 347/11 interpuso contra la Sentencia de fecha 18 de febrero de 2012 dictada en el Procedimiento Ordinario número 472/2008”

“Sentencia Administrativa N° 800-020 28 febrero 2014. Boletín de Jurisprudencia

N°1-2014 Superintendencia de Sociedades Bogotá Colombia
recuperado
21Abril2014 <http://www.superintendencia.gov.co/noticias/Documents/Boletin%20de%jurisprudencia-N°-1-2014.pdf>”

“Sentencia Administrativa de la Superintendencia de Sociedades N° 220-034543 de mayo (2008) al referirse a la Sentencia T-172/99 del tribunal constitucional de Colombia 21 de Abril 2014, recuperado 12062014, <http://www.supersociedades.gov.co/noticias/Documents/Boletin%20de%jurisprudencia-N°-1-2014.pdf>”

“Sentencia del Tribunal Constitucional Perú XP. N° 00228-2009-PA/TC diario oficial El Peruano el 22 de marzo de 2011, que incorpora el artículo 10-A al Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00228-2009-AA.html>”

“Sentencia Corte Constitucional c-090/14 (Bogotá D.C., 19 de febrero de 2014) www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2014/C-090-14.htm”

“Sentencia de perjuicios causa n° 205/2012 (casación). Resolución n° 60362 de Corte Suprema, sala cuarta (mixta) de 28 de agosto de 2013 Vilex Global”

“Sentencia de la Sala Constitucional de la República Bolivariana de Venezuela El 7 de diciembre de 2005, demanda de habeas data, con fundamento en el artículo 28 de la Constitución Política Venezolana”

“Sentencia Civil de Corte Suprema de Justicia (Pleno), 1ª de lo Civil, 27 de Agosto de 2007 (caso Recurso de hecho de la Corte Suprema de Justicia – Sala Primera de lo Civil -, de 27 de Agosto de 2007) Recuperado de:

<http://vlex.com.pa/vid/recursohecho-suprema-sala-primera-civil-31814719>”

“Sentencia sala constitucional declara la nulidad parcial del art. 291 del código de comercio.)Panamá) <http://earabogados.com.ve/inicio/sala-constitucional-declara-lanulidad-parcial-del-art-291-del-código-de-comercio/>”

“Sentencia sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. San José Costa Rica 24 de diciembre del 2004. Exp: 01-000653-0185-CIRES:000489-F-2005recuperado 05 diciembre 2015 www.poder-judicial.go.cr/.../46-fallos-relevantes-civil-2015”

Objetivo de la tesis:

En relación al objetivo General de esta tesis doctoral, el autor señala expresamente lo siguiente:

“Que se pretende deducir y formular en forma ordenada los derechos y prerrogativas de los accionistas minoritarios frente a los acuerdos abusivos del gobierno corporativo. Así, este estudio evidenciará los principales mecanismos de protección a los que pueden acudir los accionistas minoritarios, y además, expondrá como ejercitar los diferentes tipo de derechos de esta naturaleza”. (p 10)

Asimismo, de acuerdo al autor de la tesis (Palacios, 2016): prevé como fines específicos, los siguientes:

- “a) Poner en evidencia el conjunto de principios y derechos que usualmente se confieren a los accionistas minoritarios a partir de lo establecido por la doctrina y legislaciones del Derecho contemporáneo.
- b) Dejar constancia de la forma en que el Gobierno Corporativo de mayoría en la sociedad anónima, causa perjuicios a los accionistas minoritarios, a través de la adopción de acuerdos abusivos en el empleo absoluto del principio mayoritario.
- c) Analizar cómo la jurisprudencia toma en cuenta los principios societarios en la solución de controversias entre accionista mayoritarios y minoritarios.
- d) Formular un conjunto de mecanismo de protección de los derechos políticos, administrativos y económicos de los accionistas minoritarios, desde la práctica forense, acciones de impugnación, métodos alternos de solución de conflictos, y finalmente, la protección penal de los mismos” (p.12-13)

Instrumentos de recolección de datos:

Se hizo empleo del mecanismo de recopilación de información a través de fuentes documentales, bibliográficas y hemerográficas.

Conclusión de la tesis:

Entre otras, se consignan de modo expreso las conclusiones, plasmadas por el autor y que guardan armonía con el tema, materia de investigación:

“El conflicto intrasocietario entre mayorías y minorías accionarias en la sociedad anónima, se ha convertido en una de las temáticas relevantes del derecho societario, en el que la relación dialéctica entre ambos se ha tornado de una tendencia inicial absolutamente contradictoria, hacia un conflicto de menor intensidad, producto del surgimiento, desarrollo y toma de conciencia del concepto de accionistas minoritarios, que permite que cada vez más las legislaciones modernas procuren tutelar éste, con la intención de atenuar el conflicto sobre la base del desarrollo de los principios del derecho mercantil, pasando del abuso mayoritario absoluto, de una voraz exclusión y afectación económica del accionista minoritario, hasta convertirse, en sentido contrario en un abuso del accionista minoritario, cuando se presente la posibilidad de ejercer el derecho con la simple intención de obstaculizar las decisiones de mayoría, para crear oportunidades de venta de su participación a un mayor precio.” (p.228-230).

Respecto a este párrafo, debo enfatizar que, indudablemente existen un conflicto dentro de las sociedades, por lo que la presente investigación que hemos abordado, no deja de estar vigente, la que requiere una propuesta de solución a la problemática existente

Proseguiremos analizando el siguiente párrafo de las conclusiones de la tesis antes mencionada, que expresamente dice:

“El derecho de los accionistas minoritarios debe de regularse a fin de que el mismo no se torne abusivo en su ejercicio y, en consecuencia, no propicie el funcionamiento abusivo de mayorías o de minorías accionarias. Este tipo de regulación, en la que se establecen las circunstancias y condiciones para el ejercicio de los derechos administrativos, políticos y económicos, deben de contemplarse en el nuevo proyecto de Código Mercantil de nuestro país, prescribiendo los límites en el ejercicio de los mismos, en cuyo caso, cuando sean abusivos tengan sus respectivas penalidades, al igual que para los accionistas mayoritarios; de modo que, también, el derecho de los accionistas minoritarios no debe ser abusivo u obstruccionista, con el fin de adquirir beneficios por encima de los valores reales de las participaciones.” (p.228-230).

Del presente fragmento, como parte de las conclusiones arriba mencionadas, debo indicar que, una adecuada regulación, no sólo esta inclinada a los accionistas minoritarios en contra del abuso de las mayorías accionarias, sino también debe evitar los abusos de aquellas minorías que, pueden valerse de sus facultades para impugnar acuerdos o una determinada decisión de las mayorías, obstaculizando las buenas decisiones tomadas en junta general.

Retomando, desarrollamos la última conclusión de la aludida tesis, que literalmente dice:

“El derecho de los accionistas minoritario debe de regularse a fin de que el mismo no se torne abusivo en su ejercicio y, en consecuencia, no propicie el funcionamiento abusivo de mayorías accionarias o de minorías accionarias. Este tipo de regulación, en la que se establecen las circunstancias y condiciones para el ejercicio de los derechos administrativos, políticos y económicos, deben de contemplarse en el nuevo proyecto de Código Mercantil de nuestro país, cuando sean abusivos tengan sus respectivas penalidades, al igual que para los minoritarios no debe ser abusivo u obstruccionista, con el de adquirir beneficios por encima de los valores reales de las participaciones.

[...]

Los abusos societarios del gobierno de las mayorías lesionan fundamentalmente el derecho a la información del accionista minoritario y subsiguientemente los otros derechos económicos, entre otro: el derecho de suscripción preferente de las acciones, el aumento de capital y la cuota de liquidación, en el caso que fuere. No obstante se presenten otros abusos al obviar: la incorporación del auditor de cuentas; la correcta convocatoria a la asamblea general de accionistas; el derecho de los accionistas minoritarios a gozar de un representante en la junta Directiva o el Consejo Directivo de la sociedad; así como los derechos de las minorías accionarias en las principales modificaciones estructurales de la sociedad anónima; por lo que la violación de los derechos políticos administrativos tendrá consecuencias negativas en el ejercicio de los derechos económicos del accionista.” (p. 228-230).”

Se puede apreciar, de este apartado, como parte de las conclusiones de la tesis arriba mencionada que, en virtud del poder que ostentan los accionistas mayoritarios, lesionan el principal derecho de los minoritarios (el derecho a la información fidefigna, veraz y oportuna), que trae cola a otros derechos de los minoritarios que, también son vulnerados.

1.2 Estado actual de las propuestas doctrinarias de solución al problema

1.2.1. La Sociedad Anónima, los Accionistas y su Protección Jurídica

A efectos de realizar el correspondiente análisis e interpretación del tema de investigación, respecto del estado actual de las propuestas doctrinarias de solución al problema, tomaremos como base, la información respecto a la Sociedad Anónima Ordinaria (En adelante, Sociedad Anónima), de las acciones y de los Derechos del accionista, la protección jurídica de los minoritarios accionistas en la Sociedad Anónima, etc.

1.2.1.1 La Sociedad Anónima

Antes de tomar una postura sobre la situación problemática planteada, resulta importante, desarrollar algunos aspectos de una de las variables de la tesis, como es la Sociedad Anónima, en la cual, existen muchas teorías acerca del verdadero origen de la Sociedad Anónima, no obstante, la doctrina mayoritaria suele decir que el nacimiento de las sociedades anónimas se da en las Compañías de Indias fundada en 1600 (s. XVII). Esta Compañía era de origen holandés y se llamaba de las Indias Occidentales.

Según Broseta Pont & Martínez Sanz (1992), señala que:

El origen de la sociedad anónima o su precedente más inmediato, se encuentra en las compañías de indias (concretamente se suele citar como primer ejemplo la “Compañía Holandesa de la Indias Orientales” fundada en 1602), que surgen en el siglo XVII al servicio del expansionismo ligado a la actividad y comercio coloniales. Nacen precisamente cuando es necesaria una fuerte acumulación de capital, que con carácter generalizado se produce con la primera revolución comercial. Fue la primera expresión de grandes dimensiones, un antecedente de lo que sería la gran sociedad anónima contemporánea. Su creación responde a una alianza entre la insipiente burguesía industrial y comercial y, las monarquías

que se explican porque la primera estuvo interesada en realizar la colonización siempre que le sean concedidos determinados privilegios para llevarlo a cabo y a su vez, la monarquía ve en estas empresas un instrumento adecuado para aumentar su poderío político y económico (p. 315).

El citado tratadista agrega además que, en las referidas compañías de Indias, nacen determinadas singularidades de la sociedad anónima, siendo estas las siguientes:

La responsabilidad limitada de los socios accionistas, en relación al monto de su aportación, prerrogativa que, inicialmente, se sustenta por diversas contingencias durante el aprovechamiento de la actividad empresarial de la sociedad.

La división del capital social en títulos (acciones) que incorporan la condición de socio. Broseta Pont & Martínez Sanz (1992), refieren que:

En dichas compañías existen unos rasgos típicos que la diferencian de la sociedad anónima en su configuración posterior. Por un lado, destaca el carácter de compañías privilegiadas constituidas por excepción y mediante la concesión por parte del poder público de una carta que regula su funcionamiento, en virtud de la cual se concedían o reconocían a las distintas compañías, el monopolio de explotación de los nuevos territorios descubiertos; por otro lado desde una óptica interna se destaca el carácter de la desigualdad de los derechos reconocidos a sus miembros, fundamentalmente en las compañías de indias de Europa continental y por su estructura básicamente aristocrática (p. 315).

Brunetti (como se citó en Elías Laroza, 1999, p. 108), coincide con lo señalado en el párrafo precedente, reconociendo tres etapas en el desenvolvimiento de las organizaciones societarias, denominadas sociedades anónimas:

El sistema de privilegio: mediante el cual la creación de sociedades por acciones no es libre si no que se encuentra sujeta al mandato del soberano que concede a la entidad una personalidad jurídica y determinadas facultades.

El sistema de concesión: se mantenía la injerencia estatal, pero sobre una base más amplia que desechaba la idea de un privilegio y reconocía la aptitud de los individuos para asociarse y constituir este tipo de sociedades, pero siempre sujetos a la autorización del estado.

La Etapa de la reglamentación positiva: se reglamenta positivamente la asociación de individuos para crear sociedades por acciones, al momento de su creación se encuentran sujetos a la autorización estatal, pero luego solo se condicionan al cumplimiento de requisitos genéricos establecidos por normas positivas.

Anota también Elías Laroza (1999) que:

La sociedad anónima es la piedra angular de todos los cuerpos normativos, incluso hasta de nuestra LGS; siendo, además, precisar que, con el transcurso del tiempo, la sociedad anónima se ha convertido en la auténtica sociedad de capitales y en el vínculo preferido de los empresarios y; que paradójicamente, en Francia y España la sociedad anónima nace en el siglo XVII como un medio para la expansión y desarrollo económico del Estado (y de un Estado absolutista). Ya en el siglo XIX es adoptada por la empresa privada para canalizar el desarrollo explosivo que el capitalismo generaba. Por lo demás, el citado autor indica que, en nuestra patria durante el siglo XX, tras el régimen benigno y liberal del Código de Comercio de 1902, empiezan a surgir los mismos temores de la Europa del Siglo XIX, ante el recelo del Estado que ve en la sociedad anónima un poder económico emergente y, una fuente de conflictos por los excesos que podían cometerse contra accionista minoritarios y terceros. (p.111)

En el siglo XVI grandes empresas de especulación privada, formadas con grandes capitales, fueron creadas para importar y explotar los productos de las Indias Orientales. Esto se debió a que los descubrimientos geográficos incrementaron los costos y la peligrosidad de las expediciones marítimas. Esto hizo que las personas busquen nuevas formas de limitar su responsabilidad, ya que, el riesgo al ser mayor les generaba temor para invertir al poder terminar perdiendo incluso todo su patrimonio.

La personalidad de estas empresas está dada por el acto de fundación de la autoridad oficial en donde se determinan sus fines, derechos y estatutos internos. El capital inicial se obtiene del público y a cambio se da un título de participación que en holandés se llamaba “*ktie*” y significa derecho del accionista a la cuota sobre el patrimonio común y sobre el beneficio. Además, los accionistas gozaban de responsabilidad limitada al monto de sus aportes y este patrimonio aportado era independiente del de la persona que lo aportó.

Generalmente, en un comienzo, estas empresas eran creadas con un único fin, entonces, después de haber obtenido ese fin, las empresas eran liquidadas y las utilidades eran repartidas entre los accionistas. Fue un tiempo después cuando empiezan a tener las sociedades un carácter más permanente.

Luego, poco a poco, las sociedades anónimas se fueron adaptando a los distintos cambios que se estaban dando en las sociedades, hasta llegar a ser las sociedades anónimas que conocemos hoy en día. La Sociedad Anónima representa la culminación de un proceso evolutivo largo y que aun hasta la fecha se sigue dando. Se puede decir, incluso, que conforme la sociedad anónima ha ido evolucionando, se fue dejando de lado en muchas de ellas el elemento *intuitu personae* para pasar a buscar el elemento *intuitu pecuniae*.

El desarrollo de las sociedades anónimas se da por un cambio en las condiciones sociales, políticas y económicas que fue viviendo la sociedad y que sigue viviendo hasta nuestros días. Vemos de esta forma que la evolución que se da de las sociedades anónimas hasta nuestros días es una forma de tratar de resolver los problemas que se iban suscitando, siendo uno de los temas centrales y aun poco resueltos, el rol de los accionistas en las sociedades anónimas y la forma de protección de los accionistas minoritarios.

1.2.1.2 Las acciones en la sociedad anónima

A) Nociones Generales

Resulta necesario, graficar en el tiempo la existencia primigenia de las acciones, según el maestro Elías Laroza (1999), esboza lo siguiente:

La existencia de las acciones precede a la de aquella forma societaria a la cual se encuentran hoy en día estrechamente vinculadas. Recién en el siglo XIX el Código de Comercio Francés de 1807 reguló el tipo societario de “Sociedad Anónima” como sociedad por acciones, atribuyendo su “anonimato” a que no existían en ella socios de responsabilidad ilimitada, cuyo nombre figurase en la razón social. Es así que, en diversos lugares de Europa, se adoptó, en los inicios, una concepción según la cual la acción era simplemente el derecho o el título de los socios para exigir a la sociedad su parte de las utilidades (p.157).

Elías Laroza (1999), agrega además que, indistintamente del periodo histórico en que surgen cada una de las instituciones, lo concreto es que las acciones y la sociedad anónima se unen en un tipo societario que, en virtud de ello y la responsabilidad limitada, resulta imponiéndose en el mundo moderno como el principal canal para la materialización de actividades económicas, a tal extremo que, actualmente es imposible posible imaginar acciones sin lucubrar en la sociedad anónima ni tampoco concebir a esta última sin acciones (p.158).

En palabras de Verón (como se citó en Elías Laroza, 1999, p. 158), señala:

Tanto en la evolución histórica como en el concepto de sociedad anónima, la acción juega un rol trascendente y necesario en la existencia de esta figura societaria, pues en la gran sociedad anónima sus atributos principales consisten en la

concentración de grandes capitales de propiedad de un gran número de accionistas que representan su tenencia de capital en títulos denominados acciones en la sociedad anónima cerrada o de familia sus escasos accionistas son los titulares del capital, también representado por acciones.

De igual forma, Uría González (1999), refiere que:

La acción ha sido en todo tiempo el concepto central de la sociedad anónima, hasta el punto de que en buen número de países este tipo social se conoce con la denominación de sociedad por acciones. La sociedad anónima nació con el capital dividido en acciones [...] La acción continúa representando invariablemente una determinada parte del capital social, confiriendo a su titular la condición de socio y sirviendo de módulo de los derechos correspondientes al accionista (p. 158).

Al respecto, señala Mascheroni (como se citó en Elías Laroza, 1999, p. 158), que “la característica tipificante de la sociedad anónima es la división del capital en acciones”

B) El Valor o Utilidad de la Sociedad Anónima.

Payet Puccio (2003), señala que:

“Es prácticamente un lugar común que la sociedad anónima es el vehículo por excelencia de la actividad empresarial. La inmensa mayoría de las grandes empresas revisten esta forma jurídica. Sin embargo, más importante que la mera constatación de ese hecho es el análisis de cuáles son las características de la sociedad anónima que han determinado su utilización generalizada. La sociedad anónima es un producto jurídico que se ha impuesto en forma abrumadora en el mercado” (p. 78).

Teniendo en cuenta esta óptica de Payet, podemos apreciar que, los empresarios y los inversionistas, a comparación de las diversas clases o tipos de organización jurídica de la actividad comercial societaria, han preferido a la

sociedad anónima. Es en este sentido, se hace énfasis en el hecho de que, resulta esencial saber dónde reside la importancia y uso de la sociedad anónima como vehículo societario para la actividad empresarial.

Acota Payet Puccio (2003) lo siguiente:

“En este contexto, no debe perderse de vista que la sociedad anónima es una creación jurídica que sirve para la realización de la actividad empresarial. Allí reside su propósito y utilidad” (p. 79).

Es así, que este jurista, indica que, toda propuesta de cambios sustanciales debe ser forzosamente cuidadosa, evitando perjudicar, esencialmente ese valor con el fin de salvaguardar otros intereses, cuyo fin no sea el objetivo vital de la sociedad.

Al respecto, Comenta Clark, (como se citó en Payet Puccio, 2003, p. 80), que:

“La Sociedad Anónima permite facilitar enormemente la reunión de grandes capitales provenientes de numerosos inversionistas, esto surge por la necesidad de los empresarios de captar fondos de muchos inversores para conformar los capitales requeridos para las grandes empresas, y en paralelo la disposición de inversores individuales e institucionales de colocar su capital en diferentes empresas con la finalidad de obtener un retorno adecuado sin involucrarse en la conducción del negocio, constituyen la principal fuerza que explica el desarrollo de la sociedad anónima. Agrega Clark que, la sociedad anónima tiene un valor muy importante porque permite la existencia de una minoría pasiva, que confía sus capitales al controlador, pero no se involucra en la gestión. Por lo demás Clark, considera que, la sociedad anónima ha podido servir efectivamente a esta necesidad empresarial debido a cuatro características fundamentales: la responsabilidad limitada, la libre negociabilidad de las participaciones sociales, la personalidad jurídica y la administración centralizada. Estas cuatro características son un elemento esencial, que hace posible la inversión en una empresa sin que el inversor tenga que involucrarse en la gestión.”

C) Aceptación Conceptual de la Acción

Cabe indicar que, desde su aparición en el terreno del derecho societario, la acción ha significado diversas definiciones conceptuales, sobre las cuales, prácticamente hay una cierta uniformidad en doctrina y en derecho comparado. Son tres las acepciones: La acción como alícuota del capital social; La acción como el móvil para adquirir la condición de socio; y La acción como título.

a) La acción como parte alícuota del capital social

O como lo denomina Serra G(1999), fracción de capital (p.141), ésta viene a ser la representativa de una porción del mismo, se encuentra relacionado, tanto al valor de la acción, como a la emisión de acciones con prima.

En cuanto al valor de la acción, Broseta Pont & Martínez Sanz (1992) señalan que:

“[...] la acción es un título de participación en el capital de la sociedad que posee un valor nominal fijo y determinado y; a la vez un valor fluctuante que depende directamente de la situación económica de la sociedad, e indirectamente de circunstancias de varia naturaleza (rentabilidad, grado de competencia, situación económica general, situación general de la oferta y la demanda, situación política, etc.). Por ello, la acción posee un valor nominal, un valor con arreglo a balance, y un valor real (que no necesariamente coincide con el valor de balance), que tiende a aproximarse al valor de mercado (o de cotización en Bolsa o de transmisión fuera de ella), éste valor de mercado inciden en ciertas coyunturas que no tienen que ver necesariamente con la marcha de la empresa, pero que influyen a la hora de comprar o vender estas acciones (situación general de la oferta y la demanda, situación política, etc.). El valor nominal debe constar necesariamente en los estatutos y, en el tenor literal de los títulos, si ésta es elegida para la documentación y es invariable, salvo que se modifique por el procedimiento legal previsto para ello” (p.353).

b) La acción como vehículo para adquirir la condición de socio

Este ropaje jurídico de la acción, otorga al titular de la misma, un conjunto especial de derechos y obligaciones. Según Elías Laroza (1999), menciona que:

“la condición de socio representa en realidad un status de socio, vale decir, la condición esencial previa de socio para el ejercicio de derechos y obligaciones frente a la sociedad.” (p.160)

Como señala Gasperoni (como se citó en Elías Laroza, 1999, p. 160), “el socio disfruta de una serie de derechos frente a la sociedad en cuanto que es socio. El status de socio (*status socii*) concebido como presupuesto de una serie de derechos, obligaciones y facultades que, considerados en sentido unitario, tienen un punto de origen y de unificación de las sucesivas relaciones que se producen entre el socio y el ente jurídico sociedad”.

Además, menciona, Elías Laroza (1999) que:

“En la doctrina, existen numerosas clasificaciones de los derechos que la acción confiere al socio y, que, en su opinión, son básicamente dos las categorías de los derechos: 1. Los de carácter económico, tales como el dividendo, el derecho al remanente de la liquidación, la suscripción preferente; y 2. Los de carácter político, entre los que se encuentran el voto, la separación y los derechos de control.” (p.161).

c) La acción como título y como bien mueble.

Es una acepción vista desde su aspecto formal o documental, tal como se puede apreciar en el artículo 100° de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades (En adelante, Ley General de Sociedades o LGS), norma sustantiva que le denomina al título como certificado y, establece como contenido mínimo de éste la siguiente información, en el que podemos cerciorarnos que a la acción en calidad de título se le suele llamar por el nombre de Certificado, tal como lo prevé el contenido del artículo 100° de nuestra vigente Ley General de Sociedades:

“Artículo 100°. - La denominación de la sociedad, su domicilio, duración, la fecha de la escritura pública de constitución, el notario ante el cual se otorgó y los datos de inscripción de la sociedad en el Registro;

El monto del capital y el valor nominal de cada acción;

Las acciones que representa el certificado, la clase a la que pertenece y los derechos y obligaciones inherentes a la acción;

El monto desembolsado o la indicación de estar totalmente pagada;

Los gravámenes o cargas que se puedan haber establecido sobre la acción; Cualquier limitación a su transmisibilidad; y,

La fecha de emisión y número de certificado.

El certificado es firmado por dos directores, salvo que el estatuto disponga otra cosa.”

El maestro Elías Laroza (1999), afirma que;

“En doctrina es arduo el debate sobre la naturaleza jurídica de los títulos de acciones; agregando además que, una importante corriente doctrinaria considera que la acción tiene naturaleza de un título de crédito, desde que hace al titular acreedor de la parte correspondiente de la cuenta capital y de otros derechos pecuniarios. De igual forma, señala el estudioso, que Gasperoni N. y Brunetti A., admiten esa calidad de título de crédito y, Messineo F., califica al título de crédito “no constitutivo” como “título de crédito causal”. Por otro lado, entre otros muchos autores citados por el maestro, como Francesco Ferrara, hijo; Joaquín Garrigues y Rodrigo Uría, que niegan a la acción, la calidad de título de crédito, sobre la base de anotar que la acción carece de la literalidad, característica de los títulos de crédito, que los derechos del socio no fluyen del documento mismo y también la autonomía indispensable en esa clase de documentos, ya que puede declararse su extinción independientemente de la circulación del título, y en ese sentido, quien lo compra no tiene ningún derecho válido.” (p. 161).

Los maestros españoles. Broseta Pont & Martínez Sanz (1992), en relación a la acción como valor mobiliario, afirman que:

“El reconocimiento de las acciones representativas del capital de la sociedad anónima representadas por medio de títulos (documentos corporales) o por medio de anotaciones en cuenta (es decir, combinaciones numéricas que, incorporadas a una base de datos informática, permiten la plena identificación de las acciones debidamente inscritas en registros contables externos a la sociedad emisora) que las acciones son títulos valor imperfectos o incompletos. Esto conforme a su ley vigente, las acciones de una sociedad anónima pueden quedar incorporados en verdaderos títulos valores. No obstante, por todas las razones esbozadas por el maestro Elías Enrique, en el párrafo que antecede, los maestros españoles estiman que, las acciones son título de valor imperfecto o incompleto.” (p.355 y 366).

Sobre el particular, señala Hundskopf Exebio (2009), que:

“La acción como título valor, es un instrumento circulatorio que acredita la condición de accionista; y que, en el caso de nuestra LGS, en la que solo puede haber acciones nominativas, representadas en certificados o en anotaciones en cuenta, vienen a ser títulos valores sui generis o especiales, a los cuales se les incorpora los derechos de carácter corporativo, siendo títulos de participación social.” (p. 112).

Serra G.(1999), indica que, si se trata de acciones representadas a través de anotaciones en cuenta o valores desmaterializados, conforme al artículo 92° de la LGS, éstas se rigen por lo previsto en la Legislación del mercado de valores. En tal sentido, los preceptos establecidos en la LGS en relación con la propiedad de la acción, constitución de derechos y gravámenes, transferencias, etc., no serán de aplicación a las acciones representadas por anotaciones en cuenta. (p.146).

1.2.1.3 El Accionista y su rol en la Sociedad Anónima

A) Nociones Generales

Cabe precisar que, la persona que ha adquirido válidamente la condición jurídica de socio se denomina accionista. El accionista es el dueño de una o más acciones en una sociedad.

El artículo 91° de la LGS peruana por su parte señala: “la sociedad considera propietario de la acción a quien aparezca como tal en la matrícula de acciones.”

De igual forma, el artículo 92° de la LGS, prescribe lo siguiente: “Generalmente las sociedades anónimas matriculan sus acciones en un libro especialmente abierto a dicho efecto o en hojas sueltas, debidamente legalizadas, o mediante registro electrónico o en cualquier otra forma que permita la ley; así como también las transferencias, los canjes y desdoblamiento de acciones, la constitución de derechos y gravámenes sobre las mismas etc., entre otros actos de naturaleza societaria.”

Sin embargo, es necesario subrayar lo que establece el primer párrafo del artículo 252° de la LGS, “las sociedades anónimas abiertas deben inscribir todas sus acciones en el registro público del mercado de valores”. Así, aparece la interrogante: ¿cuando una sociedad cotiza en bolsa, tiene matrícula de acciones? La respuesta es afirmativa, claro que tiene matrícula de acciones, tal y conforme lo establece la LGS del Perú, lo cual se explica con la siguiente posición adoptada por Llanos R. (2012), en su Blog:

Perú: Law and economics, a la cual me adhiero:

La sociedad anónima abierta es aquella modalidad de sociedad anónima que se identifica con la gran empresa debido a la reunión de una gran cantidad de capitales y de socios, en la que prima el capital y no las cualidades personales de los socios, como sucede en la sociedad anónima cerrada, en la que no sólo interesa el aporte de capitales del socio, sino además sus cualidades personales de éste; es decir, que el carácter *intuitus personae* característico de las sociedades tradicionales es reemplazado con el *intuitus pecuniae*. Por otro lado, señala que, dentro de la definición de Sociedad Anónima Abierta que, en términos generales se puede afirmar que, si bien es promovida por pocas personas, es cierto que requiere del capital de muchísimas personas motivo por el cual se inscribe en el Mercado de Valores para tener la posibilidad de la constitución por etapas, ya sea por oferta pública o por oferta a terceros (1er y 2do párrafo).

Lo que, en buena cuenta, se puede decir, es que todas las acciones indistintamente creadas, así como sus demás actos de naturaleza societaria (emisiones, transferencias, canjes, desdoblamientos etc.), se matriculan en la forma que permita la ley, siendo además que el párrafo cuarto del artículo 92° de la LGS, menciona que la regulación de la representación de valores mediante anotaciones electrónicas se rige por la ley de la materia.

Los accionistas tienen una función elemental en la vida de la sociedad. A tal punto, se puede decir que sin los accionistas no existirían las sociedades. Esto, se debe a que los accionistas aportan capital a cambio de acciones con dos fines; poder participar en la gestión de la sociedad en la misma medida que aporta capital y obtener una retribución en dividendos, de ser el caso, a cambio de su inversión.

Los accionistas, son los que crean las Sociedades Anónimas. Ellos, aportan su capital para crearlas y obtener beneficios económicos a través de las mismas. A cambio de sus aportes, obtienen acciones proporcionales a la cantidad aportada. Es por este motivo que siempre hay accionistas con mayor porcentaje accionario que otros.

Ellos, buscan crear las sociedades, tienen la intención de asociarse o el *animus societatis*, buscando una utilidad o beneficio. Desde acá, puede verse el rol del accionista, ya que, este rol nace desde antes del nacimiento de la sociedad anónima. Vemos de esta forma, que si no existiese el deseo de lucro no existirían las sociedades. Al ser los accionistas los que crean las sociedades, son ellos los que señalan el objeto social de las mismas, es decir, a qué se va a dedicar la sociedad. Pero, como no basta con tener el objeto social y el afán de lucrar para poder crear una sociedad, los accionistas también se dedican a realizar todos los trámites administrativos para poder hacer que su sociedad esté legalizada.

Del artículo 1° de la LGS, se desprende que dos son los requerimientos principales que deben observar quienes deciden constituir una sociedad: Primero, los bienes y/o servicios que se aportarán al ente constituido (de acuerdo al tipo de sociedad de que se trate) y, segundo, la determinación de las actividades que realizará ésta y a las cuales se destinarán los aportes entregados.

Es precisamente sobre dichas actividades—Objeto Social—que versarán las líneas que a continuación se anotan.

El objeto social cobra una importancia singular en la sociedad anónima, dado que, su determinación no sólo permite establecer la actividad o conjunto de tareas que desarrollará la organización societaria durante su existencia. Bien se ha dicho que la determinación del objeto social responde, además, al interés de los socios puesto que expresan su voluntad de que la sociedad realice precisamente las actividades comprendidas en dicho objeto, actividades para cuya realización han decidido poner en común unos fondos que, quizás, no hubieran puesto si hubiera sido otro el objeto de esa sociedad, sino que además, permite delimitar el ámbito de actuación de quienes están llamados a representarla en las relaciones que entablen con terceros.

Ahora bien, hablaremos de otro de los elementos primario y originario de una sociedad: el PACTO SOCIAL, donde el estudio de la naturaleza jurídica de la Sociedad es, básicamente, el del pacto que la origina. Por un lado, del régimen general, se advierte que todo pacto o contrato constitutivo de una sociedad, en tanto acto jurídico, debe verificar la concurrencia de los siguientes requisitos: Capacidad de los otorgantes; el consentimiento válido; el objeto posible y la licitud en el fin.

Por el otro, del régimen especial, se desprende que además de cumplir con los presupuestos derivados del régimen general, el Contrato societario está sujeto adicionalmente a observar los siguientes requisitos especiales: aporte de los socios; concurrencia a la distribución de las utilidades y/o pérdidas; el ánimo societario (*affectio societatis*); la formalidad (esencialmente solemne) y, el Lucro espectacioso; este último, según el docente universitario Juan de la Cruz Rios (2002), citando a Avendaño, señala expresamente lo siguiente:

“Lucro espectacioso.

Aunque autores como Avendaño han sostenido, con cierta razón, que este elemento NO corresponde a LA SOCIEDAD sino, a LOS SOCIOS, como elemento subjetivo expresado en la ganancia espectacular.” (p.70).

En tal sentido, resulta necesario, resaltar la importancia que tiene el Pacto Societario, representando el marco normativo que señala el designio de la vida societaria, en el sentido que este contrato social debe incluir “esa ley de las partes”, evitando dejarles a los órganos societarios amplio campo para actuar en beneficio de algunos socios; en ese contexto, si los socios desean protegerse de las consecuencias de su ampliación, estará en su propio interés que limiten a priori el objeto social.

Es bajo esta figura societaria donde se determinan quienes son los accionistas mayoritarios y minoritarios, siendo asimismo que, los accionistas pasivos o minoritarios no negocian los términos del pacto social o de norma semejante (el estatuto) previo a la enajenación de una acción. No obstante, a que indubitadamente el pacto social es definido por los accionistas mayoritarios, no es del todo cierto, que los accionistas minoritarios no tengan derechos, atendiendo a que tienen determinados derechos, Vgr.: a la distribución de las utilidades y otros como la de impugnar acuerdos que contradigan o vulneren el pacto social (contrato social) o las disposiciones estatutarias, respecto del interés social.

B) El Rol del Accionista Minoritario en la Sociedad Anónima.

Como quiera que, estamos dentro de la temática de los accionistas societarios, nos corresponde identificar el rol del accionista minoritario, toda vez que, puede existir uno o un conjunto de accionistas que tienen el control de la organización jurídica societaria; el accionista mayoritario puede arrogarse una función semejante al del administrador respecto del minoritario o externo al bloque de control: producto de la ejecución del principio de las mayorías en la sociedad anónima.

Al respecto, Payet Puccio (2003), menciona expresamente lo siguiente:

“Un concepto básico de protección de minorías es no distorsionar los roles relativos de la mayoría y la minoría en la sociedad anónima. A la mayoría le corresponde el control sobre la sociedad. El accionista minoritario invierte en una sociedad con la intención de no involucrarse en la gestión, con vocación inversionista, no de controlador. Agregando, además, que la legislación no debe ser generosa en atribuir a los accionistas minoritarios capacidad para bloquear las decisiones del accionista controlador.” (p.23).

Por otro lado, la firma mexicana Deloitte (2012), define al accionista minoritario:

“accionista minoritario, es todo aquel socio y/o inversionista que no ostenta de manera independiente el poder para tomar decisiones dentro de la empresa, toda vez que no cuenta con un porcentaje de capital aportado que le confiera de manera significativa los votos requeridos para poder aprobar u oponerse a una decisión, o bien, que no sea participe de un acuerdo tomado por los accionistas que reúnen los votos necesarios.” (Deloitte p. 2)

En definitiva, se puede hablar de accionista desde que se crean las acciones mediante el pacto social, vale decir, desde que existen valores representativos de derechos de participación (capital en efectivo, bienes o derechos, representados por acciones. En esencia, es este valor mobiliario el que incorpora la calidad de accionista en la sociedad anónima.

Resulta trascendente tratar el rol que desempeña el accionista en una sociedad irregular, toda vez que se requiere saber quiénes resultan responsables frente a los acreedores, o frente a los socios o accionistas, según sea el caso, por las deudas pendientes y por la distribución del haber social remanente.

Por lo que, de acuerdo al artículo 424° de la Ley General de sociedades vigente, se precisa que:

“Los administradores, representantes, y en general, quienes se presenten ante terceros actuando a nombre de la sociedad irregular, son personal, solidaria e ilimitadamente responsables por los contratos y, en general, por los actos jurídicos realizados desde que se produjo la irregularidad.
Si la irregularidad existe desde la constitución, los socios tienen igual responsabilidad.
Las responsabilidades establecidas en este artículo comprenden el cumplimiento de la respectiva obligación, así como, en su caso, la indemnización por los daños y perjuicios, causados por actos y omisiones que lesionen directamente los intereses de la sociedad, de los socios o de los terceros. (...)

Cosa distinta sucede con las sociedades regulares, en la cuales es importante que los libros y documentos de la sociedad, que sirven para acreditar la responsabilidad de los socios o de los liquidadores, sean custodiados por una persona responsable, la que puede ser conocida por todos a través de la información del registro. Los sujetos responsables frente a los acreedores, o frente a los accionistas son los liquidadores y socios en cada caso concreto.

Es de advertir que una vez desaparecida la persona jurídica, los acreedores no satisfechos están desprovistos de una acción contra la sociedad, pero si es procedente la acción contra los accionistas o los liquidadores. Evidentemente, si hubo distribución de patrimonio entre los socios o accionistas, los acreedores pueden exigir a aquellos el pago de tales deudas, pero sólo hasta el monto que hubieran recibido como consecuencia de la distribución, sin perjuicio de poder repetir contra los liquidadores, si estos hubieran incurrido en alguna responsabilidad; cosa muy distinta ocurre en sociedades de responsabilidad ilimitada.

Las sociedades anónimas nacen como personas jurídicas como resultado de una serie de actos fundacionales iniciados con el pacto de creación de la sociedad y adoptados con los requisitos de forma y contenido de acuerdo a lo establecido por la LGS.

En la norma se establece, entre otras cosas, que para poder constituir una sociedad anónima deben suscribirse las acciones y desembolsarse al menos el 25% de cada una, así como inscribir el acto fundacional en el Registro de Personas Jurídicas. Todo lo anterior se hace para que la sociedad cuente con una estructura funcional que otorgue suficientes garantías a los socios y a terceros y se llama constitución simultánea.

La LGS en su artículo 53º señala que:

“la constitución simultánea de la sociedad anónima se realiza por los fundadores, al momento de otorgarse la escritura pública que contiene el pacto social y el estatuto, en cuyo acto suscriben íntegramente las acciones.”

Bajo este contexto, son los accionistas de la sociedad quienes formulan los estatutos de la sociedad, que es la forma en que se va a manejar toda la sociedad. Son, asimismo, todos los accionistas los que deciden el destino de la sociedad, a través de la Junta General. Estando a lo expuesto, la libertad para la elaboración del estatuto se rige por el ejercicio de la autonomía privada de la voluntad, es decir del ejercicio de cada uno de los socios accionistas con derecho a voto, por lo que el abuso del derecho y la mala fe representan los límites de la actuación que la concede o deniega, de lo que se puede colegir que lo que persigue el estatuto es el interés social, actuando con equidad, permitiendo la participación de las mayorías, teniendo como órgano viable a la Junta General de accionistas, mediante la cual se convoca para decidir cuestiones de naturaleza societaria.

En cuanto a la interrogante hasta donde llega la supletoriedad de la norma, se puede decir, que ésta llega hasta donde la norma especial no satisface el supuesto de hecho que se presenta en un determinado caso concreto. Obviamente, la supletoriedad es aplicable en casos de normas compatibles, donde exista, por un lado, la generalidad y por el otro, la especialidad de la norma de cierta materia regulable jurídicamente, en cuanto les sean aplicables, tal y conforme lo estipula el artículo 251° de la LGS.

Una vez que la sociedad empieza a funcionar, los accionistas siguen cumpliendo un rol fundamental dentro de la misma, ya que, fiscalizan su desarrollo, conforme al artículo 130° de la LGS (1997), que señala lo siguiente:

“Desde el día de la publicación de la convocatoria, los documentos, mociones y proyectos relacionados con el objeto de la junta general deben estar a disposición de los accionistas en las oficinas de la sociedad o en el lugar de celebración de la junta general, durante el horario de oficina de la sociedad.(...)”

Este derecho que, está íntimamente relacionado con el acceso a la información a que tiene derecho todo accionista en la sociedad anónima, será analizado detalladamente más adelante en la presente investigación. Por otro lado, los accionistas constituidos en junta son el órgano supremo de la sociedad. Esta Junta no existiría si no fuese por los accionistas, ya que, todos los accionistas tienen derecho a estar presente en las Juntas Generales. No podemos dejar de mencionar que algunos accionistas pueden formar parte de la organización jurídica societaria. Por ejemplo, un accionista puede ser director de una sociedad anónima, gerente y accionista a la vez. Estos cargos si bien se superponen son totalmente válidos y muchas veces se dan en la realidad.

El accionista que ocupa cargo dentro de la organización jurídica societaria, es decir, director y accionista a la vez, tiene obligaciones y responsabilidades diferentes. Tiene la obligación de desempeñar un buen papel como director de la sociedad anónima, por ejemplo, y debe asumir las responsabilidades y obligaciones que devienen con ese cargo y a su vez debe asumir las responsabilidades y derechos que le devienen por ser accionista de la sociedad, como es el acudir a la Junta General de Accionistas.

1.2.2. Derechos del accionista

A) Nociones Generales.

En relación a los derechos de los accionistas, según Ferrero Diez Canseco (1998), señala que, estos derechos son de distinta índole, indicando expresamente lo siguiente:

“Por lo que analizando la problemática de la sociedad anónima, el citado autor, desde el punto de vista de los accionistas encuentra sin mucha dificultad que estos responden a distintos y diversos intereses; y que si bien es cierto que a todos se les puede identificar con el interés común genérico que es el fin de lucro, no para todos este fin de lucro se representa de la misma forma o manera; identificando distintas clases de accionistas:

Los accionistas de "mando o gestión", interesados en participar activamente en la dirección y administración de la empresa a través de los órganos sociales. Son aquellos accionistas a quienes podemos calificar como promotores de la actividad empresarial y que tienen ánimo de permanencia.

Los accionistas "rentistas", llamados también de colocación, cuyo interés radica en invertir su capital de la forma más conveniente para poder obtener un dividendo. Generalmente este grupo de accionistas no está muy interesado en la gestión social y están conscientes de que serán precisamente los accionistas de mando los encargados de dicha labor.

Los accionistas "jugadores o mercaderes", también llamados de especulación o nómades, que compran y venden las acciones para ganar con la diferencia en el valor de las mismas" (p. 19).

De lo expuesto por los citados autores se puede apreciar que, ante una diversidad de intereses, existe el riesgo de conflictos permanentes entre accionistas que pretenden tener dividendos a corto o a mediano plazo y, el controlador y/o administrador o de mando, al cual le interesa dotar de cierta estabilidad al negocio y, por ende, obtener más beneficios a largo plazo. Dicho en otras palabras, unos deciden por la repartición de los dividendos, mientras otros prefieren la reinversión de los dividendos y/o utilidades.

Por todas lo anteriormente, el mencionado estudioso refiere, en síntesis, que tradicionalmente los derechos de los accionistas se dividen en políticos y económicos; serán políticos los derecho a voto, separación y fiscalización y serán económicos el derecho a participar en la repartición y/o distribución de utilidades, el derecho de suscripción preferente, en virtud del supuesto de hecho del incremento de capital y la firma de obligaciones y otros títulos que le conceden el derecho a convertirlos en acciones y; por último, el derecho a participar del patrimonio neto obtenido en la liquidación.

Pasaremos seguidamente a explicar los distintos tipos de derechos de los accionistas centrándonos primeramente en los accionistas con acciones con derecho a voto para luego analizar los derechos de los socios con acciones sin derecho a voto.

B) Derechos económicos de los accionistas con acciones con derecho a voto

Los derechos económicos son aquellos derechos que tienen todos los accionistas, ya sea que tengan acciones con derecho a voto o sin derecho a voto, que les permite percibir un dividendo en función de su participación, cuando las hubiere y se acuerde, percibir un porcentaje del valor de la sociedad si esta es liquidada y vender su acción libremente en el mercado. Este último derecho puede verse limitado por los estatutos de la sociedad.

Este derecho económico de todos los accionistas es lo que motiva a las personas a tener acciones en una determinada sociedad anónima. Este derecho no puede ser suprimido ni siquiera por el estatuto de la sociedad.

Hundskopf Exebio (2004), señala que los derechos económicos de los accionistas se encuentran recogidos en los numerales 1 y 4 del artículo 95° de la LGS que establece que:

“La acción con derecho a voto confiere a su titular la calidad de accionista y le atribuye, cuando menos los siguientes derechos:

Participar en el reparto de utilidades y en el del patrimonio neto resultante de la liquidación, Ser preferido con las excepciones y en la forma prevista en esta ley, para:

La suscripción de acciones en caso de aumento del capital social y en los demás casos de colocación de acciones; y,

La suscripción de obligaciones u otros títulos convertibles o con derecho a ser convertidos en acciones.” (pp.119-120).

De esta forma, se puede ver claramente que el numeral 1ro del artículo antes citado, garantiza la participación del accionista en la distribución de las utilidades y del patrimonio neto que resulta de la liquidación. Por su parte, el inciso 4to del citado artículo, asegura a su titular el derecho de suscripción preferente cuando se trate de incremento de capital; asimismo, en los casos de obligaciones u otros títulos convertibles en acciones, en las que recaigan el derecho sobre las mismas.

De acuerdo a lo dicho sobre la participación del accionista, en la distribución de utilidades y el del patrimonio neto, deducido ex post del proceso de liquidación,

creo necesario mencionar, en el supuesto caso, que los accionistas mayoritarios decidan no repartir utilidades, surgiría inmediatamente la pregunta ¿Qué puede hacer el accionista minoritario?, antes de dar una respuesta habría que establecer, de qué forma los artículos 94º, 95º, 96º y 97º de la LGS, otorgan los derechos de participar en la distribución de utilidades y del patrimonio neto.

Dentro de este contexto podría decirse que al accionista minoritario sólo le quedaría impugnar tal decisión por parte de los accionistas mayoritarios, evitando que se configure en la práctica una situación fáctica de abuso de derecho de las mayorías accionarias en la sociedad anónima.

Al respecto, el maestro Uría González (2006), señala expresamente lo siguiente:

“Dentro de la sociedad anónima es interesante analizar, por ejemplo, el derecho a voto, el cual se sabe es uno de los principales derechos atribuidos a los accionistas, ya que, a través de su ejercicio se conforma la voluntad social, adoptándose todos los acuerdos necesarios para guiar el destino de la sociedad. Si bien en todas las sociedades anónimas para la toma de decisiones rige el principio de la mayoría de votos, en la práctica se configuraría una situación de abuso del derecho de voto cuando no se identifica con el interés social, sino con su propio interés y fundamentalmente, cuando las intenciones estén inspiradas en la intención de dañar o perjudicar a la minoría. Frente a este ejercicio abusivo del derecho de voto que no sólo no se identifica con el interés social, sino que lo lesiona en beneficio de uno o más accionistas; por esta razón, se ha recogido en la LGS el derecho de impugnación de acuerdos de juntas generales de accionistas, el cual puede ejercitarse judicialmente bien para propiciar la rectificación o enmienda del error o bien para lograr en definitiva la no ejecutabilidad de un acuerdo abusivo que configure una desviación del interés social.” (p. 235).

Ahora bien, tenemos que tener en cuenta que aun así nuestra LGS no le concede al accionista controlador poderes absolutos. El mayoritario está prohibido de usar la sociedad a beneficio propio, es precisamente en este apartado donde entra a tallar nuestro razonamiento, respecto de la relevancia que debemos observar para tomar decisiones en aras del bienestar de la sociedad.

Sin embargo, habría que considerar que, en determinados casos, la sociedad puede formar reservas voluntarias, quitando a la distribución, la fracción de las ganancias de cada ejercicio anual, como forma de autofinanciación, y podrá también, suspender totalmente el reparto de los dividendos, si las necesidades de la empresa así lo exigen, incluso durante varios ejercicios económicos sucesivos (aunque respetando, en su caso, el particular régimen de los dividendos de las acciones privilegiadas y de las acciones sin voto, que generalmente, son de abono obligatorio).

Existen determinados factores de la Sociedad Anónima que influyen negativamente en la protección de los accionistas minoritarios, como por ejemplo la supremacía y el abuso de las mayorías accionarias que, les permite ejercer entre otras acciones, omitir brindar cierta información relevante para los accionistas minoritarios.

La información a que hace alusión el párrafo precedente, es acorde con la transparencia, la equidad y la rendición de cuentas que tienen que ver con la información oportuna de los balances de ejercicios mensuales, trimestrales o anuales, de las utilidades reales, etc. Por otro lado, se puede evidenciar que, hay un factor importante que debe ser materia de análisis, el mismo que consiste en que la sociedad anónima carece implementación de las Prácticas de Buen Gobierno.

C) Derechos políticos de los accionistas con acciones con derecho a voto

El maestro Elías E. (2000), comenta que los numerales 2 y 3 del artículo 95 de la LGS, indican lo siguiente:

“La acción con derecho a voto confiere a su titular la calidad de accionista y le atribuye cuando menos los siguientes derechos:

Intervenir y votar en las juntas generales o especiales, según corresponda;

Fiscalizar en la forma establecida en la ley y el estatuto la gestión de los negocios sociales” (p. 191).

Los derechos políticos establecidos en el numeral 2do del artículo antes citado, pueden verse suspendidos, Vgr.: en las acciones sin derecho a voto, lo cual explicaremos detalladamente cuando tratemos los derechos políticos de los socios con acciones sin derecho a voto. Los derechos políticos también denominados como derechos administrativos en el sentido que el accionista procura rentabilizar el efectivo de su capital invertido, es decir, para éste es necesario utilizar las herramientas que le garanticen el desarrollo societario se encamine hasta obtener beneficios razonables.

Cabe precisar que, si el accionista no tiene injerencia en la gestión social, traería como consecuencia la restricción o impedimento de su objetivo. Por este motivo es que los incisos o numerales 2 y 3 antes mencionados señalan que el titular de la acción tiene, al menos, los derechos a la intervención y voto en las juntas generales o especiales y a la fiscalización de los negocios de la sociedad prescritos en la ley o establecidos en el estatuto.

En definitiva, los titulares accionistas con el fin de verificar la buena marcha de la gestión societaria, pueden solicitar la información que consideren necesaria, al directorio antes de la celebración de una junta general. Dentro del contexto de la fiscalización ejercida como un derecho o una facultad de los accionistas pueden impugnar los acuerdos abordados de una junta general, siempre que contra vengan la ley, el pacto social, el estatuto o lesionen directa o indirectamente a uno o varios accionistas o como también los intereses de la sociedad.

Los incisos 2 y 3 del artículo 95° de nuestra LGS, establece que el titular de la acción tiene los derechos de participar y votar en las juntas generales o especiales y ejercer el control de la administración de la organización societaria, como lo indica la ley y el estatuto. Esto se hace como una forma de resguardar los derechos económicos de los accionistas, ya que, puede obstaculizarse, si no pudiera ejercer sus derechos políticos. De esa forma lo explica también Elías Laroza (1999), al señalar lo siguiente:

“en la medida en que el accionista persigue un rendimiento efectivo de su capital, necesita los mecanismos que le aseguren que la actividad social está efectivamente encaminada a obtener beneficios económicos adecuados; de no ser así, el objetivo de los accionistas minoritarios en la sociedad anónima, podría ser obstaculizado o impedido si no tiene injerencia alguna en la gestión social” (p. 193)

El citado estudioso, precisa que, los accionistas tienen derecho de escoger quienes conformarán el directorio, quienes serán los que administren y se encarguen del control de la sociedad. También, los derechos políticos de los accionistas están ligados con el derecho que tiene todo accionista a que se le informe el manejo o la gestión de la empresa. Esto si bien puede hacerse en cualquier momento, lo ideal es hacerlo antes de las Juntas para en base a ello saber cómo votar.

Al respecto Elías Laroza (1999), indica que:”

“Es de suma importancia, hablar sobre el derecho a la información que ejercen los accionistas, y sobre todo el hecho de buscar la manera de garantizar el acceso suficiente y oportuno a la información y; sobre todo que ésta sea una información de calidad, completa y veraz sobre la organización jurídica societaria, de sus operaciones, negocios jurídicos y su gobierno, siendo un insumo primordial en la actividad de todo mercado.” (p.198)

Cabe precisar que, si los inversores cuentan con una buena información, cabe la posibilidad de que otros derechos que la legislación les proporcione, podrían convertirse en contenidos huecos o desprovistos de sentido jurídico societario. En buena cuenta, si hay carencia de información, las soluciones mercantiles empezarán a fallar o caminará de forma inadecuada o defectuosa. Dada sus características de bien público. En atención a lo expuesto, lo generalmente aceptado, consiste en que, la normatividad societaria y del mercado de valores deba fijar deberes de informar a los socios e inversores, como obligación de las sociedades.

El mencionado autor, citado por Payet Puccio (2003), refiere expresamente:

“La imposición de exigentes deberes de informar a cargo de las empresas es uno de los ejes más claros de la modificación de las legislaciones más modernas. En su opinión, el derecho de información de los accionistas tiene un tratamiento excesivamente restrictivo en nuestra legislación societaria vigente y afirma además que en las sociedades que no tienen la calidad de abiertas (S.A.A), el derecho de información de los accionistas se ejerce en la junta general y se limita a los asuntos materia de la convocatoria, tal como se estipula en el artículo 130° de la LGS.

Si bien accionistas con una participación no menor del veinticinco por ciento (25 %) de las acciones suscritas con derecho a voto pueden exigir la convocatoria a junta general, esta facultad no está abierta para las minorías que tienen un porcentaje inferior y, en todo caso, la convocatoria a una junta general, resulta un mecanismo engorroso y complicado para el simple acceso a la información sobre la marcha de la sociedad. Al respecto sería una salida plausible, el que se reconozca también el derecho de los accionistas minoritarios de requerir la entrega de la información relevante sin que sea necesario efectuar una auditoría.” (pp. 35-37).

Por otro lado, Montoya Alberti (2005), advierte textualmente que:

“[...] en el caso de las sociedades anónimas abiertas, el porcentaje requerido para la convocatoria se reduce en la razón de la dispersión del accionariado lo que representa una dificultad si el porcentaje fuese elevado, así la LGS considera que los accionistas deberán representar cuando menos el cinco por ciento (5%) de las acciones suscritas con derecho a voto, estando en este caso facultados para solicitar notarialmente al directorio la convocatoria para la celebración de la junta general (Art. 255 de la LGS); el directorio deberá publicar el aviso de convocatoria dentro de los quince días siguientes a la recepción de la solicitud respectiva la que deberá indicar los asuntos que los solicitantes propongan tratar. Cuando la solicitud fuese denegada o transcurriesen más de quince días de presentada sin efectuarse la convocatoria, los accionistas, acreditando que reúnen el porcentaje indicado de acciones, recurrirán a la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV) para que realice la convocatoria.” (p. 21).

Dentro de las facultades de la CONASEV (actualmente es la Superintendencia del Mercado de Valores- SMV), es la de requerir obligatoriamente la exposición y la entrega de la información financiera, pudiendo exigir asimismo, y a solicitud de los socios que signifiquen como mínimo el cinco por ciento (5%) del capital suscrito, otra información relacionada con la actividad de la organización societaria que regula el artículo 261° de la LGS, siempre que la misma no esté referida a situaciones de estricta reserva o se trate de temas cuya difusión podría dañar a la organización jurídica societaria. Al respecto La SMV, tiene prerrogativas dirimentes en caso de oposición, interpuesta por la sociedad en relación a la improcedencia del requerimiento de entrega de información, por considerarla privilegiada o reservada.

En cuanto a la información, el artículo 29° de la Ley del Mercado de Valores prescribe que las sociedades emisoras están obligadas a entregar sus balances, cuentas de ganancias y pérdidas, memoria anual e indicadores financieros, con una periodicidad trimestral. Dicha información deberá estar disponible en la sede social de la emisora.

D) Derechos económicos del accionista con acciones sin derecho a voto

Las acciones sin derecho a voto se encuentran recogidas en el artículo 96° de nuestra LGS. Por acciones sin derecho a voto debemos entender a todas las acciones que no le dan a su titular la posibilidad de votar en las Juntas. Debe tenerse presente que el hecho que no puedan votar en las Juntas no significa que no puedan opinar en las mismas. Estas acciones confieren a su titular derechos económicos especiales o preferenciales con respecto a los titulares de acciones con derecho a voto para justificar la pérdida del derecho político de poder votar en las Juntas.

La ley prevé que el titular de estas acciones es considerado accionista de la sociedad. A su vez, señala derechos mínimos patrimoniales y políticos. Estos derechos patrimoniales son, por un lado, la de intervenir en la distribución de utilidades y, por el otro, en el del patrimonio neto, resultado del proceso de liquidación, con la preferencia que establece la norma estatutaria para el caso de dividendos y; en el caso de liquidación de la organización societaria, el derecho a reembolso por el valor nominal de sus acciones, deduciendo los pasivos, previo al pago del total de las mismas.

Por otro lado, en el caso de aumento de capital, la ley en los literales a) al d) del inciso 5 del artículo 96° de la sociedad, ha tratado de resolver los diversos problemas que pueden derivar de la forma de incremento de capital que acuerde la Junta. De esta manera, cuando la junta decida que el aumento de capital se hará sólo mediante la creación de acciones con derecho a voto, los accionistas sin derecho a voto pueden utilizar su derecho de suscripción preferente para suscribir dichas acciones como cualquier accionista común para conservar su proporción en el total del capital social.

Puede ocurrir que, la Junta decide que el aumento de capital se haga mediante acciones con derecho a voto y, también con acciones sin derecho a voto; en este caso, los accionistas sin derecho a voto, pueden, en primer orden, suscribir las acciones sin derecho a voto para conservar su concurrencia en la totalidad del capital.

Teniendo en cuenta que, en el supuesto de hecho, que existan diversos aumentos de capital a voluntad de los accionistas con derecho a voto con la finalidad de disminuir a los accionistas sin derecho a voto - pues se sabe que este mecanismo suele pasar generalmente en una sociedad anónima abierta – es de aplicación el artículo 96° inc. 3° de la LGS que establece, que aun cuando los accionistas sin derecho a voto carezcan del derecho político para la adopción de acuerdos en junta, pueden impugnar judicial o arbitralmente los acuerdos que lesionan sus derechos, siendo dicha potestad un derecho mínimo que no puede ser desconocido por el estatuto.

Cuando la Junta acuerde que el aumento de capital no dedique sólo a la creación de acciones con derecho a voto o en el supuesto de hecho, que se apruebe incrementar el capital exclusivamente a través de la creación de acciones sin derecho a voto, quienes podrán suscribir a prorrata de su participación en el capital social.

Finalmente, cuando la sociedad emita obligaciones u otros títulos convertibles o con derecho a ser convertidos en acciones, se aplicarán los preceptos antes descritos conforme concierna a la pertinente emisión de las obligaciones o títulos convertibles.

E) Derechos políticos del accionista con acciones sin derecho a voto

Los accionistas con acciones sin derecho a voto tienen derechos políticos restringidos. Estos derechos se encuentran recogidos en los numerales 2 y 3 del artículo 96° de Nuestra LGS y son: ser informado, como mínimo, cada seis meses, sobre la administración de la sociedad e impugnar acuerdos que vulneren sus derechos.

La Ley contempla el derecho de impugnar judicialmente los acuerdos sociales que contravengan la ley, los estatutos o que transgredan los intereses de la sociedad, en beneficio de uno, de varios o de terceros involucrados. En buena cuenta, es el ejercicio de un derecho por parte del accionista con la finalidad, por un lado, la de activar la protección de los demás derechos que lo amparan y, por el otro, la de garantizar la óptima adecuación de los acuerdos sociales al marco normativo y estatutario de la sociedad.

Respecto a la clase de acuerdos que se puede impugnar, son, por ejemplo, los aumentos o reducciones de capital; el derecho de separación; la repartición de utilidades, modificación del estatuto; la emisión de obligaciones, la enajenación en un solo acto de activos; la transformación; la fusión; la reorganización y disolución de la sociedad.

El acuerdo de incremento de capital, puede ser impugnado por varias causales: haber aprobado el acuerdo sin el quórum correspondiente exigido por ley o que el incremento tenga como propósito directo o indirecto, destinado a afianzar el posicionamiento de los accionistas con acciones con derecho a voto, o también, el supuesto de hecho, que se configure de forma fáctica el abuso del derecho.

Asimismo, cabe señalar que el hecho que los titulares de las acciones sin derecho a voto, no tengan derecho a votar en las Juntas, no significa que no puedan opinar en las mismas e influir de esa forma en las decisiones que se tomen posteriormente.

F) Ejercicio de los derechos políticos en la junta general de accionistas

El ejercicio de los derechos políticos se da en la Junta general de accionistas. Es ahí donde los accionistas pueden ejercer su derecho al voto. De conformidad con la LGS peruana, la cual en su artículo 111° define a la Junta general de accionistas como:

El órgano supremo de la sociedad. Los accionistas constituidos en junta general debidamente convocada, y con el quórum correspondiente, deciden por la mayoría que establece esta ley los asuntos propios de su competencia. Todos los accionistas, incluso los disidentes y los que no hubieren participado en la reunión, están sometidos a los acuerdos adoptados por la Junta General (p.158).

De esta forma vemos que la Junta General de accionistas es el órgano supremo de la sociedad; es una reunión de todos los accionistas que conforman la sociedad, y lo que se acuerda aquí es distinto de lo que cada accionista podría pensar de forma personal.

En principio, todos los accionistas con derecho a voto tienen la prerrogativa de participar en las Juntas Generales de Accionistas y de votar en las mismas; por lo demás, cada acción con derecho a voto equivale a un voto, a no ser que, el pacto social o el estatuto señalen algo distinto. He aquí un punto bastante importante y preocupante a la vez, esto es, la decisión de la mayoría, que viene a ser la voluntad que se debe cumplir y todos los demás accionistas -inclusive los que no votaron y los que votaron en contra- deben respetar esta decisión.

Al respecto y, en palabras de Arrús Ó (2005),, se precisa lo siguiente:

“[...] en lo referido al derecho al voto, el Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas, señala en el principio 21 los procedimientos para el ejercicio del voto, por lo que la sociedad debe definir tales procedimientos, pero que estos deben resultar accesibles y simples a los accionistas. Por ejemplo, la sociedad debe de tener habilitados los mecanismos que permiten al accionista el ejercicio del voto a distancia por medios seguros, electrónicos o postales, siempre que el mecanismo permita que se asegure que la persona emite el voto es efectivamente el accionista derecho” (p.363).

Nuestra legislación de Sociedades, señala el autor aludido, en relación a la concurrencia a la Junta General, que los socios accionistas pueden asistir a dichas juntas, siempre y cuando, sus acciones se encuentren inscritas en el libro matrícula de acciones, e incluso, dos días antes de la realización de la Junta General de Accionistas. Finalmente, la norma estatutaria o los órganos colegiados (junta general o directorio), están facultados a determinar la asistencia, con voz, pero sin voto, de otras personas que no sean titulares de acciones, Vgr. Gerente financiero, etc.

En la legislación española, los administradores asisten a la Junta de forma obligatoria. De manera similar, los estatutos pueden determinar la asistencia de los técnicos, gerentes y/o directores y; demás personas involucradas en aras de la mejor gestión de la sociedad. De igual forma, el presidente de la junta, podrá ordenar o no, la asistencia de cualquier tercero, por decidirlo así.

Debo enfatizar que, el derecho societario español (particularmente en las sociedades cotizadas), permite determinar un número mínimo de acciones (No mayor de mil acciones), como condición sine quanom para poder asistir a la junta; es decir, que si no cumplen con esta mínima cantidad, podrán ejercer su derecho al voto, más no podrán asistir a la junta.

Respecto del ejercicio de los derechos políticos en la junta general, Arrús Ó (2005), refiere expresamente lo siguiente:

“Volviendo al caso peruano, las personas que pueden ejercer el derecho a voto son los titulares de las acciones con derecho a voto, estas son las consideradas para determinar el quórum; subrayando además que, hay quienes señalan que los accionistas que asistan a la Junta General de Accionistas pueden decir que se encuentran asistentes, pero solo en lo referido a ciertos puntos de la agenda, ya que lo que se busca evitar es que los accionistas minoritarios queden desprotegidos, ya que puede que quieran participar en alguno de los puntos de la agenda y en otros no, debido a que están en desacuerdo con los accionistas mayoritarios, y que sin la concurrencia de los minoritarios, los mayoritarios no puedan alcanzar el quórum requerido para adoptar el acuerdo que se busca, por ejemplo un aumento de capital que puede diluir la participación de los accionistas minoritarios; de esta manera, los minoritarios pueden ejercer su poder de negociación.(p.362-363)

Creo indispensable determinar algunas atingencias, que merecen ser desarrolladas, partiendo de la premisa de que la junta general representa un órgano de la sociedad anónima, por lo que consideramos lo siguiente:

La titularidad de derechos y obligaciones pertenece a la sociedad, consecuentemente, la facultad de ejercicio de obrar corresponde a esta última, puesto que, la sociedad en su conjunto es quien define o decide y no los socios accionistas de forma particular.

Otra atingencia o factor importante, es que las decisiones de las mayorías no se dan permanentemente, depende de las circunstancias aludidas y de determinado caso concreto. No obstante, existe una excepción, respecto a la designación de los directores que en la mayoría de los casos se realiza anualmente, y se refiere a la elección del voto acumulativo, tendiente a cautelar a las minorías accionarias de participar en la designación de sus miembros.

Este sistema no permite que los mayoritarios elijan arbitrariamente a la mayoría de los cargos del directorio, tal como se prescribe en el artículo 164° de nuestra LGS que establece la obligatoriedad de las sociedades a conformar su directorio con la representación de minorías accionarias.

Sin embargo, ahora las Juntas Generales de accionistas muchas veces no se dan y, de esta forma, ya no se deja que los accionistas expresen su voluntad. Los artículos 114° y 115° de la LGS, establecen también atribuciones de la Junta General de Accionistas. De acuerdo al artículo 114°, es en la Junta donde se decide qué es lo que se va a hacer con las utilidades de la sociedad si las hubiese. Ahí es donde se elige a los miembros del directorio, se fija su dieta, se designa o delega en el directorio la elección de los auditores externos en caso de que sea pertinente, resolviéndose otros temas específicos conforme al pacto social estatutario.

Respecto al intervalo de tiempo, en que generalmente la sociedad anónima abierta convoca a una junta general, la Ley no prevé un plazo determinado, por lo que se tendría que aplicar supletoriamente los dispositivos legales que regulan la sociedad anónima propiamente dicha, para determinar a qué tiempo exactamente convocarían a la junta general de accionistas.

Textualmente el artículo 114° de nuestra LGS (1997) señala:

“La Junta general se reúne obligatoriamente cuando menos una vez al año dentro de los tres meses siguientes a la terminación del ejercicio económico.

Tiene por objeto:

Pronunciarse sobre la gestión social y los resultados económicos del ejercicio anterior expresados en los estados financieros del ejercicio anterior;

Resolver la aplicación de las utilidades, si las hubiere;

Elegir cuando corresponda a los miembros del directorio y fijar su retribución;

Designar o delegar en el directorio la designación de los auditores externos, cuando corresponda; y,

Resolver sobre los demás asuntos que le sean propios conforme al estatuto y sobre cualquier otro consignado en la convocatoria.”

Por su parte el artículo 115° de la LGS establece como otras atribuciones de la Junta modificar el estatuto, remover a los miembros del directorio, incrementar o mermar el capital social, emitir obligaciones, aprobar mediante acuerdos la enajenación de activos en determinados supuestos, ordenar investigaciones y auditorías especiales, aprobar a través de acuerdos la transformación de la sociedad, así como su reorganización y disolución.

Literalmente el artículo 115° de la LGS (1997), señala:

“Artículo 115°. - Compete, asimismo, a la junta general:

Remover a los miembros del directorio y designar a sus
reemplazantes; Modificar el estatuto;

Aumentar o reducir el
capital social; Emitir
obligaciones;

Acordar la enajenación, en un solo acto, de activos cuyo valor contable exceda el
cincuenta por ciento del capital de la sociedad;

Disponer investigaciones y auditorías especiales;

Acordar la transformación, fusión, escisión, reorganización y disolución de la
sociedad, así como resolver sobre su liquidación; y,

Resolver en los casos en que la ley o el estatuto dispongan su intervención y en
cualquier otro que requiera el interés social.”

Desafortunadamente, en las sociedades anónimas de grandes dimensiones, la Junta de accionistas ha sido dejada de lado a tal punto que ahora en muchas sociedades, las Juntas de Accionistas no se dan en la realidad y son una ficción legal, nada más. Las Juntas de Accionistas son simuladas, ya no se dan en la realidad, se le pide a un estudio de abogados que prepare el Acta de la Junta como si esta se hubiese dado en la realidad cuando no es así. El artículo 255° de nuestra LGS contiene disposiciones especiales respecto a la convocatoria a junta general, a la solicitud de los accionistas.

La norma general del artículo 117° de nuestra LGS, respecto de la sociedad anónima, dispone que cuando uno o más accionistas, que representan como mínimo el veinte por ciento (20%) de las acciones suscritas con derecho a voto, solicitan notarialmente la celebración de la junta general, el directorio debe convocarla. Cosa distinta ocurre para las sociedades anónimas abiertas, donde la regla especial es reducir el número de acciones hábiles para solicitar dicha convocatoria a sólo el cinco por ciento (5%). De este apartado, podemos apreciar que la norma no distingue si la convocatoria a junta general debe ser requerida por un único accionista titular del cinco por ciento de acciones (5%) o si debería ser solicitada por una pluralidad de accionistas; empero, podemos inferir que este dispositivo legal es aplicable al número de acciones y no al número de accionistas. Por lo que la solicitud de uno o más titulares, que representen el cinco por ciento (5%) de las acciones suscritas con derecho a voto, resultaría suficiente.

Debe tenerse en cuenta que es de aplicación supletoria, por disposición del artículo 251° de la LGS, el requisito de que la solicitud se tramita por conducto notarial, de acuerdo con el artículo 117°. De otro lado, si transcurre el plazo de 15 días sin que el directorio convoque a junta general, los solicitantes pueden acudir a la SMV, la cual convoca directamente a la junta general.

Es del caso, advertir que, el procedimiento judicial para la convocatoria de la junta general, prevista en el artículo 117° de la LGS, es uno no contencioso o de jurisdicción voluntaria. En consecuencia, no existe impedimento alguno para que la autoridad administrativa sea quien realice la convocatoria de manera directa, como podría hacerlo un juez, quien, para esta materia concreta, no ejerce en estricta función jurisdiccional. Asimismo, se encuentra previsto que los accionistas titulares de los diferentes tipos de acciones tienen el mismo derecho para solicitar la convocatoria a juntas especiales, conforme establece el artículo 132° de la LGS.

Es de vital importancia, referirnos a los supuestos que pueden presentarse para convocar a las juntas generales de una sociedad abierta, reguladas en el art. 257° de la LGS, en la que determinados socios asumen la situación jurídica societaria de verdaderos accionistas y, por ende, hay pocos atraídos por la administración de la sociedad cuyo impacto natural es la deserción o retiro de los mismos fenómeno resultante es el ausentismo, que tiene efectos fatales para la misma, por la inmovilidad a la que podría llegarse debido a la ausencia de socios accionistas en sus juntas generales y, que para evitar esa situación, la ley establece un mecanismo sucesivo y obligatorio de adaptación del quórum legal, permitiendo la posibilidad de una tercera convocatoria en la que necesariamente, se debe producir el quórum.

En palabras de Hundskopf Exebio (2003):

“Las propuestas de los Consejos de administración (El Directorio en nuestro país) se aprueban sin debate y por aclamación que excusa la votación. No se lee la memoria, ni el balance, no se interesa nadie por las cuentas.” (pp. 49-50).

1.2.3. Principios y Derechos que regulan a las mayoría y minorías accionarias

a) Principio de la democracia accionaria (manda la mayoría)

El principio de la democracia accionaria significa que todos los acuerdos de la sociedad serán adoptados por la mayor cantidad de votos en las Juntas Generales. Es decir, dado que son las Juntas Generales, donde se toman los acuerdos, después de que los socios den sus distintas opiniones, a la hora que los accionistas con derecho a voto ejerzan su derecho político a votar, se adoptará la decisión de la mayoría.

Este principio se encuentra recogido en el artículo 111° de la LGS (2009) que establece:

“La junta general de accionistas es el órgano supremo de la sociedad. Los accionistas constituidos en junta general debidamente convocada, y con el quórum correspondiente, deciden por la mayoría que establece esta ley los asuntos propios de su competencia. Todos los accionistas, incluso los disidentes y los que no hubieren participado en la reunión, están sometidos a los acuerdos adoptados por la junta general” (p. 158).

Como vemos, el artículo citado señala que los accionistas, en su totalidad incluyendo los renunciantes y los ausentes están supeditados a los acuerdos aprobados en la Junta General. Esto significa que la decisión de la mayoría es la que deberá seguirse y debe prevalecer, sin importar, que haya habido personas que no votaron o votaron en contra de la decisión adoptada. Claro está, partiendo del supuesto de que los acuerdos son legalmente válidos y que no están viciados de nulidad y que no existan causales de impugnación. En determinados casos concretos señalados en la LGS, los accionistas que votaron en contra pueden hacer uso de su derecho de separación.

Resulta indispensable, tocar el tema del derecho de Separación y Exclusión de los Socios, el primero de los conceptos, es tal como lo conceptúa la doctrina española “El derecho de separación va unido al abandono voluntario de la sociedad por parte del socio en el ejercicio de un derecho que la ley o los estatutos le concedan, y previo al reembolso por la sociedad de sus acciones o participaciones, según los casos”.

b) El Derecho de Separación en la Sociedad Anónima.

Nuestro derecho societario, regula el tema del derecho de separación, de manera semejante que la legislación española, con una nimia diferencia, en el sentido que ésta última, tiene tipificados los únicos tres supuestos para ejercer el derecho de separación, a la conversión de aquella a colectiva o comanditaria, hecho que no se toma en cuenta en nuestra legislación nacional.

Tratándose del derecho de separación en las sociedades anónimas cerradas, el artículo 244° de la LGS (1997), establece lo siguiente:

“Sin perjuicio de los demás casos de separación que concede la ley, tiene derecho a separarse de la sociedad anónima cerrada el socio que no haya votado a favor de la modificación del régimen relativo a las limitaciones a la transmisibilidad de las acciones o al derecho de adquisición preferente.”

Trato distinto tiene una sociedad anónima abierta (Art. 262 de la LGS), en el sentido, que cuando ésta aprueba mediante acuerdo retirar del Registro Público del Mercado de Valores, las acciones u obligaciones registradas, origina que se extinga la calidad de socio accionista, debiendo adecuarse a otro tipo de sociedad anónima, los que votaron en contra del acuerdo, puesto que cuentan con el derecho de separación, de conformidad a lo prescrito en el artículo 200° de la LGS.

En cuanto al derecho de exclusión, de acuerdo a nuestra LGS, sólo se ejerce en la sociedad anónima cerrada, en tanto, la norma estatutaria pueda normar determinadas causas para la exclusión de accionistas. Para esto resulta indispensable aprobar los acuerdos en junta general, contando con el quórum mayoritario que indica el pacto social. En ausencia de pacto social, se regula por lo previsto en los artículos 126º y 127º de la Ley, relativos al quórum y a la forma de adoptar acuerdos válidos. Dichos acuerdos son susceptibles de impugnación, conforme a las normas que rigen para la impugnación de acuerdos de las juntas generales de accionistas.

Al respecto, Payet Puccio (2003), señala que:

“El derecho de separación de los accionistas minoritarios no ofrece mayor dificultad, en la medida que nuestra legislación societaria lo ha reconocido desde hace bastante tiempo como mecanismo básico de protección del accionista minoritario ante decisiones de la mayoría que ocasionen modificaciones estructurales o esenciales en la sociedad, indicando que en estos casos, el espíritu de los legisladores, ha sido la de permitir que prevalezca el voto de la mayoría (evitando, por ejemplo, exigir el consentimiento individual), para otorgar al accionista disidente la posibilidad de separarse de la sociedad, obteniendo el reembolso de su inversión” (p.32).

Al respecto García de Enterría (como se citó en Payet Puccio, 2003, p. 33), enfatiza:

“Que una función similar a la del derecho de separación, la cumplen las normas sobre las Ofertas Públicas de Acciones-OPA obligatoria, es decir que, la persona que adquiere una participación del 30% o más de una sociedad listada, está en la obligación de lanzar una oferta pública de adquisición de la totalidad de acciones que dicha sociedad no posea, explicando, en este sentido que, sumado a la oportunidad de participar en la prima de control, la OPA obligatoria tiene su sustento válido en “la conveniencia de permitir que los accionistas minoritarios puedan abandonar la sociedad y liquidar sus inversiones en las mismas condiciones que los socios de mayor entidad, ante los previsibles cambios que pueda imponer un nuevo socio de control en la gestión administración social”. Bajo este contexto, resulta importante subrayar, lo señalado por el referido autor, el hecho de que nuestra LGS no reconoce un derecho de separación antes cambios de control o la inserción de la sociedad en un grupo. Pero sí, atribuye derecho de separación a los accionistas disidentes.” (p.33)

Otra de las opiniones, que reafirma la posición adoptada, es la de Pickmann (2003), quien señala que:

“Los accionistas en las sociedades anónimas abiertas y especialmente los inversionistas, encuentran satisfecho su interés con la posibilidad de especular con el valor de sus títulos, por lo que la ley ha considerado oportuno conceder a los accionistas un derecho de separación cuando la junta de general de accionistas acuerde el deslistado de sus acciones. Agregando que el hecho de no reconocer ese derecho a los accionistas atentaría contra sus intereses sustanciales como meros inversionistas.” (p.949)

c) Ruptura del principio de la democracia accionaria en las sociedades anónimas abiertas.

Este principio de la democracia accionaria es muy importante, ya que, regula la forma de adoptar acuerdos en las sociedades, por lo que, sobre todo en las sociedades con muchas personas, se vuelve más difícil que todas las decisiones puedan ser adoptadas por unanimidad.

De esta forma, también ayuda a que las sociedades puedan seguir evolucionando; es decir, si no existiese este principio y, por ejemplo, todas las decisiones deben ser adoptadas por unanimidad, en determinado momento, si todos los accionistas no logran ponerse de acuerdo, sería imposible que esa sociedad continúe su marcha y de esta forma la sociedad tarde o temprano debería dejar de existir.

Comenta Elías Laroza (1999), que el artículo 249° de la LGS señala, cuándo una sociedad anónima debe ser considerada abierta:

“Ha hecho oferta pública primaria de acciones u obligaciones convertibles en acciones; Tiene más de setecientos cincuenta accionistas;

Más de treinta y cinco por ciento de su capital pertenece a ciento setenta y cinco o más accionistas, sin considerar dentro de este número aquellos accionistas cuya tenencia accionaria individual no alcance al dos por mil del capital o exceda del cinco por ciento del capital;

Se constituya como tal; o todos los accionistas con derecho a voto aprueban por unanimidad la adaptación a dicho régimen” (pp. 676-677).

Las sociedades anónimas abiertas son una variedad de la sociedad anónima. Fue creada para poder realizar operaciones en el Registro Público del Mercado de Valores; y en consecuencia, sus acciones no pueden tener ninguna carga o restricción, que pueda hacer que se entorpezcan las transacciones a realizarse.

Podría precisarse, que la creación de las Sociedades anónimas abiertas, tiene entre sus verdaderos motivos *-más que poder realizar sus operaciones en el Registro Público del Mercado de Valores como una obligación-* el grupo numeroso de los titulares de acciones, en la medida que se convirtió en una de las herramientas de obtención del ahorro público al involucrar una cantidad importante de socios accionistas, consecuentemente su considerable patrimonio y relevante producción ha tenido y tiene una inmediata intervención en la economía del país, por lo que se concluye que el sustento y razonamiento fundamental, es el número importante de socios accionistas, que puedan alcanzar estas sociedades.

En ninguna parte de la LGS, ni mucho menos de la doctrina, de lo referido a “las cargas” a que se hace referencia líneas arriba, sin embargo, parecería más preciso hablar de “restricciones” en vez de “cargas”, partiendo del precepto Constitucional, estipulado en su artículo 87° de la Constitución Política del Perú, el mismo que prevé:

“El Estado fomenta y garantiza el ahorro; máxime cuando, la Ley establece las obligaciones y los límites de las empresas que reciben ahorros del Público, así como el modo y los alcances de dicha garantía.” Por lo que, partiendo de esta premisa, permite colegir lo siguiente: si existe un fomento de ahorro por parte del estado, se entiende que la característica propia de acciones emitidas por una S.A.A., debería adoptar la particularidad de los títulos valores, con una libre vocación de circulación, en vista que la factibilidad de vender y adquirir acciones, debería lograr cubrir las expectativas de sus titulares.”

Aseveración que Elías Laroza (1999) ratifica, manifestando textualmente lo siguiente:

“Las limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones, permitidas por el artículo 101º de la LGS, no son aplicables a la Sociedad Anónima Abierta, pues su naturaleza repugna al principio de negociabilidad de las acciones en este tipo de sociedades, el cual es una garantía de la movilidad de la inversión.” (p. 546).

Cabe precisar *-a manera de comentario y a modo de resumen-* que, si una sociedad anónima tuviese esta clase de disposiciones y se adapta, por acuerdo societario o por imposición de la Ley, a una sociedad anónima abierta, el artículo 263º de la LGS señala que los pactos estatutarios que no guardan coherencia con esta modalidad societaria deben ser modificados, vale decir que, si la cláusula es contraria a una norma imperativa, devendría en nula, conforme el Inciso 3º del artículo 33º de la LGS.

En este tipo de sociedades, se deja de lado el elemento *intuitu personae* para pasar a buscar el elemento *intuitu pecuniae*. En otras palabras, al inversionista ya no le interesa el elemento personal, sino, que la empresa sea guiada con profesionalismo y eficiencia, haciendo que la misma sea rentable y por ende atractiva para invertir. Esto ocurre porque los administradores y directores de la sociedad, muchas de las veces, no son los mismos accionistas, sino que son profesionales con mucha experiencia que conocen el mejor manejo para la sociedad y que ayudan a que cada vez estas empresas se vuelvan más atractivas para los inversionistas.

De esta forma, estas empresas ya no son privadas en el sentido que ya no se trata de un grupo reducido de accionistas los que tienen el control y manejo de la sociedad. Se trata de sociedades muy amplias donde el accionariado está muy difundido. Los intereses de los accionistas ya no están en obtener el manejo de la sociedad, sino que, lo que buscan es obtener utilidades.

Creo importante explicar, cual es la causa por la cual el accionista que no quiere participar por la temporalidad natural del valor de la acción, cuya participación estriba en la gestión de la referida sociedad, generalmente el desinterés de la gestión pasa por el accionista minoritario, en el sentido que se sabe que existen dos clases marcadas de accionistas: controladores e inversionistas. Al respecto se menciona que, los controladores son quienes tienen una peculiar inclinación en administrar de manera permanente una determinada sociedad. Por otro lado, tenemos a los inversionistas que simplemente persiguen la rentabilidad de su inversión (especulativo).

Planteada la marcada distinción, comenta Pickmann (2003), que:

“Surge inmediatamente un cuestionamiento de cómo es que estas sociedades funcionan, si es que su gran mayoría no tienen más interés que el especulativo en las acciones, sólo un pequeño grupo tiene interés en participar en la marcha social y se encuentran dispuestas a participar en los eventos sociales como son las Juntas Generales de accionistas. En respuesta a ello, es que, en el caso de aquellas sociedades reguladas como sociedades anónimas abiertas, lo que se pretende es que mediante la legislación se establezcan condiciones para que la marcha de la sociedad no se realice siguiendo el precepto de la democracia accionaria (gobierno de la mayoría), dado en que en casos como estos sería prácticamente imposible y terminaríamos por tener sociedades paralizadas o en camino a ello (p. 929).

Estos accionistas prefieren que otros sean los que se ocupen del manejo de estas sociedades. No les interesa ejercer su derecho al voto ya que tienen un porcentaje muy reducido de acciones. Además, al haber miles de accionistas, muchos de ellos pueden estar esparcidos por el mundo haciendo muy difícil que muchas veces puedan estos accionistas efectivamente poder llegar al lugar donde se va a llevar a cabo las Juntas de Accionistas para poder votar.

Volviendo al artículo 249° de la LGS, este artículo establece los supuestos en los cuales una sociedad anónima se considera abierta:

“Artículo 249° Cuando ha hecho oferta pública primaria de acciones o de obligaciones convertibles en acciones.

Cuando la sociedad tiene más de setecientos cincuenta accionistas.

Cuando más del treinta por ciento de su capital social pertenezca a ciento setenta y cinco o más accionistas, sin considerar dentro de este número aquellos accionistas cuya tenencia accionaria individual no alcance el dos por mil del capital social o exceda del cinco por ciento del capital.

Cuando se constituye como tal.

Cuando todos los accionistas con derecho a voto aprueban por unanimidad la adaptación a este régimen.”

Los cinco supuestos antes señalados por la LGS para que una sociedad anónima sea considerada abierta tienen en común que se trata de un gran número de accionistas donde el porcentaje accionario está sumamente difundido haciendo de esta forma que sean muchas las personas que puedan tener acciones en la misma empresa.

Es en este punto donde se rompe el principio de la democracia accionaria descrito en el punto anterior. Decimos se rompe refiriéndonos a que las personas ya no suelen ejercer su derecho a voto en este tipo de sociedades. Incluso en las sociedades anónimas cerradas, donde las juntas muchas veces se vuelven ficticias, ya que, en la realidad éstas no se dan, pero, sin embargo, para cumplir con los requisitos de ley se le pide a un estudio de abogados que haga la junta.

Como consecuencia de esto, los administradores de la sociedad tienen más poder de decisión que en el resto de sociedades, adoptando la mayoría de decisiones sin necesidad de una junta previa. En las sociedades anónimas abiertas esto no se da pues hay un interés público de que éstas se realicen y, este interés público se encuentra controlado por CONASEV.

Pese al respaldo de esta institución garantizadora, suele ocurrir que, a los accionistas de estas sociedades, no les importa tener derechos políticos en estas sociedades, siempre y cuando tengan derechos económicos, y, por esto muchas veces se renuncia al derecho político antes mencionado, para poder obtener mayores beneficios económicos.

Ahora bien, nos toca hablar del interés transitorio dominado por el tema económico y del manejo de la acción en bolsa, al respecto podemos decir que el acontecimiento de tener accionariados dispersos y la voluntad hipotética potencialmente lucrativa de determinados conglomerados de socios accionistas, han permitido deducir que las acciones que ellos ostenten sean negociables en la mayor magnitud posible.

En relación al tema Arecha W. (1962), señala que:

“[...] la cotizabilidad bursátil que tiene que ver directamente con la acción en bolsa, es un mecanismo que no varía la naturaleza negociable del título accionario. Más bien la acentúa y posibilita que halle más amplio campo de desarrollo” (p. 1167).

En ese sentido, se puede colegir que el interés transitorio está permanentemente situado en el campo de las sociedades anónimas abiertas, toda vez que, al accionista inversor, le interesa más cotizar sus acciones en bolsa que ocuparse de la gestión de la sociedad, ya que es el mercado de valores en el cual pueden los accionistas transferir sus acciones. Es aquí donde se encuentra el centro donde gravita el interés transitorio del accionista inversionista del cual hemos tratado.

Las decisiones ya no son adoptadas por mayoría, sino que los directores y administradores de las sociedades son los que toman la dirección y se encargan de la marcha de la sociedad. Ellos adoptan las decisiones del día a día de la sociedad, e incluso, muchas veces los accionistas no se enteran de estas decisiones. Sólo revisan si sus acciones siguen valiendo lo mismo en la bolsa de valores para poder ver si venden sus acciones o todavía las mantienen de acuerdo a cuantas ganancias puedan obtener.

1.2.4 Grupo de accionistas

A) Nociones generales.

Existen diversos grupos de accionistas en una sociedad. Nosotros para poder efectuar un mejor análisis, dividiremos a los accionistas en dos grupos de acuerdo a su interés.

Estos dos grupos son:

Los accionistas mayoritarios que son los accionistas con un mayor porcentaje de acciones.

Los accionistas minoritarios que son los accionistas con un reducido porcentaje accionario.

Empezaremos por analizar a los accionistas que suelen ejercer el control y gestión de la sociedad debido a su gran cantidad de acciones, para luego pasar a analizar a los accionistas minoritarios.

a) Los accionistas mayoritarios

Los accionistas mayoritarios son aquellos accionistas con un gran número de acciones en una sociedad anónima y por este motivo tienen mayores posibilidades de ejercer el control de la misma. Al tener en principio cada acción el derecho a un voto, usualmente quienes más acciones con derecho a voto tengan, tendrán mayores posibilidades de que sus votos sean los que primen en las decisiones de la sociedad. De esta forma, los accionistas con mayor cantidad de acciones son los que poseen mayor interés en el desarrollo de la misma, ya que su interés no solo se reduce a cuánto dinero puedan obtener de la misma, sino que, para tratar de obtener una mayor rentabilidad, se dedican a gestionar la sociedad, es decir, a tomar las decisiones de la misma.

Usualmente, cuando se compran grandes paquetes de acciones, que aseguren la mayoría de votos en la Junta General, se hace para conseguir el gobierno de la organización societaria. Esto lo hacen las personas que buscan tener la gestión de una sociedad o al menos participar en la gestión de la misma.

Tener el control de una sociedad significa que ese accionista o grupo de accionistas tienen el poder de dirección de la actividad social. Su porcentaje de acciones en una sociedad es tan elevado que, le permite a la hora de ejercer su derecho al voto, que la decisión por la que ellos voten, sea la decisión que deba primar. Al final, las decisiones importantes de la sociedad dependen de ellos; y de ellos va a depender que una sociedad se mantenga en el mismo giro o cambie a otro, que sea liquidada, si se reparten las utilidades del ejercicio, y en general de la gran mayoría de cosas.

Estas decisiones son tan importantes que, de tomarse de una decisión de forma equivocada, traería como consecuencia que la sociedad llegue a generar pérdidas. Pero, otra forma de entender el control de la sociedad sería la de un accionista que, a la vez, ejerce un cargo de administración de la sociedad.

Esto sucede muchas veces en las sociedades anónimas cerradas en nuestro país, ya que, al tratarse de un grupo reducido de accionistas, ellos mismos gestionan y controlan la sociedad. Sea como fuere el caso, los accionistas de control tiene un deber fundamental para con el resto de accionistas de la sociedad y con la sociedad en sí haciendo primar el interés de la sociedad por encima de sus intereses personales. En los casos de los accionistas que ejercen cargos administrativos dentro de la misma sociedad, deben aportar toda su capacidad e instrucción para el desarrollo de la misma. Debe ejercer sus funciones de la manera más eficientemente posible y fiscalizar el desarrollo de la sociedad con una mayor rigurosidad que el resto de accionistas.

b) Los accionistas minoritarios: ¿quiénes son los accionistas minoritarios en la doctrina y en la ley?

A diferencia de los accionistas mayoritarios o controladores de la sociedad, los accionistas minoritarios, usualmente, son inversionistas privados que inyectan dinero en la economía y en la industria a través de la bolsa de valores de Lima con la finalidad de obtener dinero a cambio, ya sea en el corto, mediano o largo plazo.

La antigua Ley del Mercado de Valores en el Perú, aprobada por Decreto Legislativo 755, consideraba accionista minoritario a aquel que de modo directo o indirecto era titular de una participación en relación al total de acciones no mayor a la requerida para acceder a la elección de un director.

Nuestra LGS no define lo que es un accionista minoritario, lo cual hace que lo definamos como lo señala Adrianzen (2000):

“Aquel accionista que cuenta con una reducida o ínfima participación en el capital social; o como aquel, cuyo accionariado representa una parte considerable de la misma y que si bien no cuenta con el control, cuenta con los mecanismos que le permiten designar directores en el Directorio de la Sociedad, y por tanto, acceder a información privilegiada o reserva de la sociedad. Se comprende de esa manera dentro del concepto de accionista minoritario a dos accionistas cuya posición, influencia e intereses en la sociedad pueden ser radicalmente distintos e incluso opuestos” (p.273).

Estos accionistas, no están interesados en tener el control ni manejo de la sociedad. Ellos desean unir la seguridad y la rentabilidad. Por esto es que prefieren que las sociedades sean manejadas por personas con prestigio y experiencia profesional, ya que, les da una mayor garantía de que la empresa no quebrará y así no perderán su inversión.

Muchas de las sociedades anónimas, especialmente las abiertas, no podrían existir sin este tipo de accionistas que inyectan capital para que las sociedades puedan seguir cumpliendo con su objeto social. A estos accionistas les interesa mucho el valor de sus acciones, ya que, de ello dependerá que sigan invirtiendo en la misma sociedad o dejen de invertir.

Esto, claro está, siempre y cuando se emitan nuevas acciones, pues, si se compran acciones en la bolsa que con anterioridad ya han sido emitidas por la sociedad, el dinero obtenido por dichas acciones no es propiedad de la sociedad.

Al tener pocas acciones en la sociedad, no se encuentran atentos del desarrollo y el funcionamiento de la misma. Esto se ve reflejado en el ausentismo en las Juntas Generales de Accionistas, lo cual puede ser peligroso, dado que, los administradores podrían fraudulentamente adulterar los estados financieros de la sociedad para que las personas sigan invirtiendo en las sociedades generando graves problemas a las sociedades. Esto se da mucho en las sociedades anónimas cerradas pues en las sociedades anónimas abiertas los Estados Financieros auditados deben ser enviados periódicamente a la CONASEV evitándose de esta forma la adulteración dolosa de los estados financieros.

Problemas recientes como los descritos en el párrafo anterior hacen muchas veces que las personas no quieran invertir en las sociedades ya que tienen miedo de perder su dinero. Es por esto que se debe tratar de imponer mecanismos adecuados de protección a los accionistas minoritarios para brindarle seguridad a este tipo de accionistas para invertir en las sociedades. No hacerlo iría en contra de la inversión ya que los accionistas podrían no querer invertir y, además, muchas sociedades necesitan de este dinero para poder seguir cumpliendo con su objeto social, por lo que, en el futuro podrían dejar de existir si no lo consiguen.

Respecto a la definición de accionista minoritario, Mora Sarriá & Elías Muñoz (2002), manifiestan expresamente lo siguiente:

“Se aprecia dentro de esta normatividad, que se trata de dar una definición de accionista minoritario, estableciéndolo como aquel que tenga menos del 10% de las acciones en circulación y no posea representación en la sociedad, concepción que en nuestro concepto es errada y dista abiertamente de la realidad, ya que como lo veremos más adelante, son varios los factores que demarcan el concepto de minorías en una sociedad, puesto que un socio puede ostentar el 15% de las acciones en circulación, no tener ningún poder decisorio, y llegar, en nuestro concepto a pertenecer a las minorías de la sociedad. Todo dependerá de la estructura de capital de la sociedad.” (p.8).

Los denominados accionistas minoritarios en la ley colombiana 446 de 1998, guarda un precedente legislativo semejante, que se localiza en el artículo 87 de la ley 222 de 1995, que indica lo siguiente:

“Faculta a aquellos asociados, que detentan más o el 10% de la participación accionaria, de acudir a la superintendencia de sociedades, con el fin que esta entidad tome una serie de medidas administrativas, cuando consideren que sus derechos estén en peligro de ser vulnerados o lo hayan sido”

Ante dicho contenido, resulta importante anotar lo dicho en palabras de Mora Sarriá & Elías Muñoz (2002), que textualmente dice:

“Matemáticamente se podrían presentar muchas probabilidades, partiendo de la máxima estratificación que se da cuando un accionista tiene el 94.99% de las acciones, y otros cuatro el 5.01%. Claramente estos últimos serán minoritarios. Otro ejemplo sería: Un accionista tiene el 80%, y otros el 20%. Estos serían minoritarios y como grupo, no tendrían el beneficio de la ley colombiana 446 de 1998. Por último, en una sociedad de cinco accionistas, cada uno con el 20%, no se podría calificar de mayoritario o minoritario a nadie, salvo que se presenten eventos de acuerdos de socios.

[...]

Se entenderá por accionista minoritario dentro de una sociedad anónima, todo aquel participante en ella, que no detente de manera autónoma el poder decisorio dentro de la misma, en razón de no contar con un porcentaje de capital que le dé los votos requeridos para aprobar o negar una decisión, o que, no participe de un acuerdo de accionistas que reúna los votos necesarios para aprobar o negar una decisión. Esta categoría de accionistas, generalmente son aquellos pequeños inversionistas que lo único que esperan como contraprestación por su aporte, es la participación en los dividendos, o la valorización de la acción, es decir, solo tienen intereses económicos en la sociedad, pero esperan tratamiento igualitario.” (p.11-13).

1.2.5 Protección de los accionistas minoritarios en la Sociedad Anónima.

Nociones generales.

Cabe advertir que, la Protección de los Accionistas Minoritarios, tiene su amparo legal a nivel constitucional, toda vez que el Estado delimita determinados elementos que se deben proteger denominados interés público, con lo que se espera alcanzar el objetivo establecido en la Constitución; así, de conformidad, con el Fundamento 11., desarrollado por el Tribunal Constitucional en la Resolución emitida en el año 2004: Resolución TC, EXP. N° 0090-2004-AA/TC, el cual copiamos su primer párrafo que, expresamente dice:

“El interés público tiene que ver con aquello que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa”.

En ese sentido, es conveniente anotar expresamente lo establecido en el artículo 59º de la Constitución:

“Artículo 59: El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades”.

De este apartado constitucional, en palabras de Torres García & García Tipismana (2015), señalan que:

Existe un interés público por parte del Estado para tutelar los derechos de los accionistas minoritarios, y realizarlo de manera especial en las sociedades anónimas abiertas al ser estas fuentes generadoras de riqueza, a efectos de alcanzar objetivos económicos trazados en la Constitución.

Por ello, nuestra regulación concibe que los accionistas minoritarios de las sociedades anónimas abiertas requieren una mayor tutela frente a sus pares de las sociedades anónimas regulares y las sociedades anónimas cerradas, debido a que las primeras involucran de mayor manera el interés público, dado que actúan como vehículos públicos de generación de riqueza y promoción de la inversión, además que, al haber una mayor dispersión del accionariado, estos son más susceptibles de ser perjudicados. Se tiene entendido por lo general que el accionista minoritario puede sufrir los abusos de los accionistas mayoritarios, ya que estos últimos se encuentran supeditados a las decisiones adoptadas por los primeros y de la administración designada por estos (p. 2).

Tal como se puede apreciar del contenido de la siguiente jurisprudencia Constitucional del Exp. N° 00228-2009-PA/TC, específicamente en el punto 25 del numeral 3.1. La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares, El caso de las situaciones de “indefensión” del ítem 3 Cuestiones de fondo, que expresamente dice:

“25. En el presente caso, es preciso tener en cuenta el concepto de “indefensión”, en tanto el examen de las relaciones entre la sociedad comercial y el socio debe tener en cuenta el hecho de que en una sociedad comercial los acuerdos a los cuales se sujetan los socios se adoptan por mayorías, las cuales en ejercicio de su poder económico pueden adoptar decisiones que vulneren o afecten en distintos grados los derechos fundamentales, sin que el socio o accionista minoritario tenga la posibilidad de resistir. Así, puede presentarse en determinadas circunstancias, sobre todo cuando la LGS no recoge el derecho de oposición de los accionistas e, incluso aun cuando lo recoja, que una decisión de la mayoría accionarial afecte gravemente los derechos de los accionistas minoritarios, remediable sólo a través de los recursos judiciales respectivos” (p. 15).

Sobre el particular Payet Puccio (2003), en síntesis, señala lo siguiente:

“Si bien corresponde a la mayoría determinar lo que es conveniente para el interés social en cada caso concreto, no debe admitirse que la minoría o minorías accionarias cuestionen y/o bloquen las decisiones de la mayoría, con la simple argumentación de que resulta inconveniente para el interés de la sociedad. Esto no significa, sin embargo, que se deje desprotegida a la minoría o minorías accionarias de actos abusivos del accionista mayoritario”.(p.25)

En lo concerniente, debo precisar que, son los accionistas minoritarios quienes tienen una escasa participación accionarial en el capital social de una sociedad anónima, por lo que, muchas de las veces, se encuentran desprotegidos para poder ejercer sus derechos, en el tal sentido, al primar las decisiones de la mayoría, va a ser muy difícil que sus decisiones llegar a primar sobre el resto.

Por este motivo, es que muchas veces no ejercen su derecho al voto, por tener acciones sin derecho a voto o porque no concurren a las Juntas Generales de Accionistas.

Por estas razones, la protección de los accionistas minoritarios debe ir orientada a que cuenten con una información real y oportuna sobre el manejo de la sociedad, para que, de esta forma, se incentive la inversión de las personas en las sociedades, teniendo en cuenta que la mayoría de nosotros al invertir en grandes sociedades y como personas naturales, seremos también accionistas minoritarios o accionistas ahorradores.

Por otro lado, debe tenerse muy en cuenta también que nuestra LGS, en su artículo 255°, establece que para que un socio accionista de una sociedad anónima, pueda efectuar una petición de realización una Junta General de Accionistas, esta debe ser solicitada por un mínimo del 5% del accionariado de la sociedad, siendo esta valla demasiado alta, toda vez que, un accionista minoritario, no cuenta, ni siquiera con el 1% del accionariado del capital social de una sociedad anónima, lo cual significa un serio impedimento para que pueda pedir la celebración de una Junta y, enterarse del desarrollo de la misma.

Existen distintos métodos para proteger a los accionistas minoritarios de la sociedad, pero todos deben estar orientados a satisfacer las necesidades del accionista. Se tiene que analizar cuál es el interés principal del accionista para querer invertir en una sociedad para luego ver la mejor forma de proteger este interés. No se trata de brindarle protección sin tener en cuenta su interés, ya que, en todo caso la protección brindada no será la adecuada ni tendrá ningún sentido y por ende será inútil. Uno de los métodos de protección al accionista minoritarios es el ejercicio del Derecho de la información que se desarrolla previo a un marco generalmente aceptado, en tanto que las normas jurídicas societarias y del mercado de valores deben señalar deberes de brindar información a los accionistas e inversores.

Las obligaciones impuestas en relación al deber de informar a cargo de las personas jurídicas societarias resultan ser uno de los pilares más importantes del Derecho de Sociedades en los países del Primer mundo.

En resumen, este derecho no viene a ser otra cosa que la atribución de pedir fuera de junta general la información que se crea conveniente en aras de sus beneficios y del conocimiento del *modus operandi* respecto de su inversión.

De conformidad con el Art. 261 de la LGS, se tiene que, para el caso de las sociedades anónimas abiertas, el derecho a la información está sujeto a dos parámetros como son:

“La Solicitud de información sea formulada por accionistas representativos no menos del 5% del capital pagado. No se trate de hechos reservados o asuntos cuya divulgación pueda ocasionar daño a la sociedad. Con relación a la aplicación de este segundo parámetro, nos podría llevar a una situación en que la subjetividad de los administradores de la sociedad podría atentar contra el derecho de información de los accionistas al calificar las solicitudes de éstos como hechos reservados cuya divulgación podría ocasionar daño a la sociedad, situación que podría ser utilizada como mecanismo de bloqueo de información. Nuestra legislación ha señalado que, en caso de discrepancia sobre la naturaleza reservada o confidencial de la información solicitada, resolverá la CONASEV”.

En opinión de Payet Puccio (2003):

“El derecho de información de los accionistas tiene un tratamiento excesivamente restrictivo en la LGS. En las sociedades que no tienen calidad de abiertas, el derecho de información de los accionistas se ejerce en la junta general y se limita a los asuntos de la convocatoria, de conformidad con el artículo 130 de la LGS; mencionando además que, si bien accionistas con una participación no menor al 20% de las acciones suscritas con derecho a voto puede exigir la convocatoria a junta general, esta facultad no está abierta para las minorías que tiene un porcentaje de participación inferior que, en definitiva, la convocatoria a una junta general implicaría un mecanismo engorroso y complicado para el simple acceso a información sobre la marcha de la sociedad (pp. 3637).

Morales Acosta (1999), en relación al tema, refiriéndose a la Ley N° 26985 titulada “Ley de Protección de los Accionistas Minoritarios de las Sociedades Anónimas Abiertas” que regula la actuación de las sociedades anónimas abiertas, que prevé la LGS, comenta expresamente lo siguiente:

“ [...] La doctrina sintetiza mejor estas características, establecidas en la LGS - citando a Ngo Ba Thanh (como se citó en Elías Laroza, 1999)- al definir su concepto de la siguiente manera: “La Sociedad Anónima Abierta al público -que, como veremos, no es más que un mecanismo jurídico emisor de títulos negociables- es una institución jurídico-pública, instituida por ley, para recoger el ahorro, con vistas a la explotación de las empresas, y una forma social de la organización económica”.

“Los accionistas minoritarios son descritos por la ley como aquellos que no tienen acceso al ejercicio de los derechos derivados de sus acciones, dado que desconocen de su titularidad (por falta de información). Esto se puede apreciar del texto del artículo pertinente de la Ley N° 26985 (El inciso 2.3., del artículo 2°) que expresamente dice: “[...] La Sociedad procederá a publicar [...] el listado de accionistas que no hubieren reclamado sus títulos representativos de acciones y/o de aquellos que no hubieren cobrado sus dividendos” minoritarios (p. 827-828).

El supuesto de hecho, también ocurre porque en la Sociedad Anónima Abierta (En adelante la S.A.A.) no se les considera, tal como se encuentra estipulado en la Ley N° 26985:

El inciso 7.1., del artículo 7°:

“El solicitante al que se le hubiere denegado la entrega de sus títulos representativos de acciones y/ o dividendos, de modo expreso o ficto, podrá reclamar este hecho ante la CONASEV”.

El citado estudioso, indica expresamente lo siguiente:

Se pretende informar (a través de publicaciones que es la razón principal de la Ley No 26985) que existen personas naturales o jurídicas titulares de acciones o dividendos de

S.A.A. que no están ejerciendo sus derechos (probablemente por desconocimiento de los mismos). Asimismo, se establece un procedimiento en sede administrativa para resolver los reclamos de los que se consideran titulares de las acciones o dividendos dinerarios y que, en base a una decisión aparentemente arbitraria de la S.A.A., se les desconoce dichos derechos o dividendos dinerarios (“denegatoria de la entrega de sus títulos y/o dividendos”). Vale decir, se regula un aspecto parcial de los derechos que conciernen a los accionistas minoritarios: los relacionados con la información sobre la existencia de sus derechos, el reconocimiento de los mismos y un debido procedimiento administrativo para canalizar los reclamos (p. 828).

Resulta necesario aclarar que, la Ley N° 26985 no trata de derechos ajenos a la naturaleza jurídica de la protección del accionista minoritario, sino de derechos ya reconocidos como: derecho de información en relación a temas agendados para su debate y/o aprobación en Junta General; petición de convocatoria a junta general efectuada por socios accionistas que representen una cantidad no menor del 5% del capital social y/o prórroga o pospuesta de ésta misma; elecciones para los miembros integrantes del directorio por voto acumulativo; derecho de separación; distribución mínima de utilidades y/o dividendos y, otros, de acuerdo con los arts. 130°, 131°, 200°, 231°, 255°, 261° y 385° de la LGS. Por otro lado, resulta necesario determinar la posibilidad, que las acciones, cualquiera su tipo, puedan representarse mediante certificados de acciones (provisionales y/o definitivos) y anotaciones electrónicas o desmaterializadas. Estos certificados, se encuentran regidos por los arts. 84°, 87°, 92° y 100° de la LGS.

De igual forma, son tratados como títulos nominativos según los arts. 29° al 32° de la Ley de Títulos Valores vigente (Ley N° 16587). Los valores desmaterializados (anotación en cuenta), de conformidad como reza el Art. 2° de la ley N° 27287, Ley de Títulos Valores, que expresamente dice:

“Artículo 2.- Valor Representado por Anotación en Cuenta

21 Los valores desmaterializados, para tener la misma naturaleza y efectos que los Títulos Valores señalados en el Artículo 1, requieren de su representación por anotación en cuenta y de su registro ante una Institución de Compensación y Liquidación de Valores.

22 La creación, emisión, transmisión y registro de los valores con representación por anotación en cuenta, así como su transformación a valores en título y viceversa, se rigen por la ley de la materia; y por la presente Ley, en todo aquello que no resulte incompatible con su naturaleza.

23 La representación por anotación en cuenta comprende a la totalidad de los valores integrantes de la misma emisión, clase o serie, sea que se traten de nuevos valores o valores existentes, con excepción de los casos que señale la ley de la materia.

24 La forma de representación de valores, sea en título o por anotación en cuenta, es una decisión voluntaria del emisor y constituye una condición de la emisión, susceptible de modificación conforme a ley.”

De igual forma se encuentra regidas en los arts. 209° al 217° de la Ley del Mercado de Valores (Decreto Legislativo No 861). Dicho de otro modo, el documento de papel no es el único soporte de las acciones, lo es también el documento electrónico, llevándose su contabilización y registro mediante la denominada Institución de Compensación y Liquidación de Valores – ICLV (CAVALI), bajo la denominación técnica de “anotaciones en Cuenta”.

La funcionalidad del registro electrónico, es semejante al libro matrícula de acciones, cuyo soporte el certificado (de papel); por ende, las anotaciones electrónicas, tendrán el mismo valor y validez que los certificados físicos (de papel) provisionales o definitivos; por lo que no debe llevar a ninguna confusión, cuando uno se refiera a certificados provisionales y/o definitivos, valores materializados o desmaterializados o electrónicos(anotaciones en cuenta), máxime, cuando estas constancias son definidas por la Ley del Mercado de Valores como “Certificados”.

Esto se puede verificar con lo contemplado en el artículo 216° Ley del Mercado de Valores- Decreto Legislativo No 861), que reza de la siguiente manera:

“Art. 216°.- Certificado.- La titularidad para la transmisión y el ejercicio de los derechos derivados de los valores representados por anotaciones en cuenta o de los derechos limitados o gravámenes constituidos sobre ellos pueden ser acreditados con certificado otorgado por la correspondiente institución de compensación y liquidación de valores, indicando la finalidad para la cual fue expedido y su plazo de vigencia. El certificado a que se refiere el párrafo anterior no confiere más derecho que en los que en él se indica. El acto de disposición del certificado es nulo. No puede expedirse más de un certificado para los mismos valores y para el ejercicio de los mismos derechos. Es prohibido a las instituciones de compensación y liquidación de valores y a los miembros de los mercados de valores dar curso a transferencias o gravámenes, así como practicar las correspondientes inscripciones, en tanto el interesado no haya restituido los certificados expedidos a su favor, a menos que estos hubiesen caducado.”

Es importante, subrayar lo que menciona Morales Acosta (1999), cuando se remite a la LGS, indicando que esta ley es categórica, cuando precisa lo siguiente:

“Sea cual fuere la representación de las acciones, estas confieren los mismos derechos a los accionistas” (p. 830)

De la misma manera, se desarrolla expresamente el artículo 84° del dispositivo legal mencionado:

“Artículo 84° de la LGS: “[...] Los derechos que corresponden a las acciones emitidas son independientes de si ellas se encuentran representadas por certificados provisionales o definitivos, anotaciones en cuenta o en cualquier otra forma permitida por la Ley.”

1.2.6 Intereses de los accionistas minoritarios en la Sociedad Anónima

Los intereses de los accionistas minoritarios son distintos sea que se trate de una sociedad anónima normal, de una sociedad anónima cerrada y/o de una sociedad anónima abierta. Explicaremos el interés de los accionistas minoritarios teniendo en cuenta de qué tipo de sociedad estamos hablando.

a) Intereses de los accionistas minoritarios en la sociedad anónima

La gran mayoría de sociedades que se constituyen en nuestro país lo hacen bajo la forma de Sociedad Anónima. Esto se debe a las características particulares de este tipo de sociedad. Algunas de estas características que hacen que las personas quieran invertir en este tipo de sociedades, básicamente son dos:

Que se trata de una sociedad de capitales, que cuentan con responsabilidad limitada en la que el capital de la organización societaria está representado por títulos negociables y; que se encuentra dividido el patrimonio de la administración de la sociedad.

Si bien lo dicho en el párrafo anterior son las características básicas de la sociedad anónima, no obstante, son las que determinan que mucha gente prefiera invertir en este tipo de sociedades. Por esto es que consideramos importante analizar cada una de las características de esta sociedad ya que hacen que los accionistas quieran invertir, o mejor dicho, tengan interés en invertir en este tipo de sociedad.

La responsabilidad limitada del accionista a su porcentaje de acciones hace de las sociedades anónimas uno de los mayores intereses para que un accionista minoritario quiera invertir en este tipo de sociedad. De esta forma, el accionista minoritario puede proteger su patrimonio y hacer que este no se vea arriesgado a través de una mala inversión en una sociedad anónima. Por este motivo, si no supiese que su responsabilidad estaría limitada, no invertiría en la sociedad, dado que, no le confiará su patrimonio a otra persona sin interesarse de su desarrollo pudiendo llegar a perder todo su capital.

Al tratarse de una sociedad de capitales, los vínculos afectivos entre los distintos accionistas de la sociedad, se dejan de lado en la sociedad anónima, ya que prima la administración profesional de la sociedad para poder llevar a cabo el objeto social. Esto le interesa mucho a un accionista minoritario porque le interesa el valor de sus acciones a fin de recuperar en menor tiempo su inversión. Es decir, a cuánto podría llegar a vender sus acciones en un futuro para poder obtener ganancias o cuanto le correspondería, por dividendos en caso la Junta decida repartir las utilidades de la sociedad.

Cuando el capital social se encuentra representado por títulos negociables, es decir, acciones, significa que dichas acciones le otorgan al propietario derechos políticos y económicos producto de su tenencia. A los accionistas minoritarios, les interesa más, suscribir acciones sin derecho a voto, pues, no le interesan los derechos políticos de las acciones ya que no logran influir mayormente en el desarrollo de la sociedad. Lo que le interesa más que todo son los derechos económicos de la misma. Debe tenerse en cuenta, además, que los accionistas minoritarios buscan muchas veces invertir en sociedades donde puedan vender y comprar acciones con facilidad y recuperar su inversión en el menor tiempo posible.

Al encontrarse dividida la propiedad, de la administración de la sociedad, significa que no necesariamente los accionistas de la sociedad deben ser los administradores de la misma. El manejo de la sociedad podría entonces ser más eficiente ya que puede dejarse el manejo de la sociedad a personas especializadas en el tema que van a tratar de hacer que la sociedad obtenga ganancias. Eso no ocurriría de dejarse que los accionistas que no necesariamente saben de temas administrativos, tengan que administrarla, pudiendo llevar a la quiebra a la sociedad. Esto deja claro que, no es del interés de los accionistas minoritarios, en manejar la sociedad, entonces, para ellos es una garantía de que la sociedad va a estar mejor manejada si es dejada en

manos de especialistas. De esta forma, ellos sólo invierten en la sociedad, y otro la maneja, viéndose la sociedad beneficiada en su conjunto al obtener cada quien mayores ganancias.

Como bien señalan Torres García & García Tipismana (2015), al margen de los medios o instrumentos preceptivos de protección a los derechos de los minoritarios, existen otros medios discrecionales para proteger sus derechos, como el acogimiento de prácticas de buen gobierno corporativo que se encuentran contenidos en los principios de la citada institución societaria.

Estos tienen como objetivo:

[...] promover un clima de respeto a los derechos de los accionistas e inversionistas en general [...] a efectos de generar mayor confianza en los inversionistas. De esa manera, si bien no se señala expresamente, respetar derechos de minorías es generar más valor en las sociedades a efectos de incrementar el interés en participar como inversionista de la misma (p. 2).

b) Intereses de los accionistas minoritarios en la sociedad anónima cerrada.

La sociedad anónima cerrada es una variante de la sociedad anónima. Nuestra LGS no contiene una definición de la sociedad anónima cerrada, pero, sin embargo, la regula.

El interés de los accionistas minoritarios en invertir en una sociedad anónima cerrada se encuentra, al igual que en la sociedad anónima, en sus características particulares. La característica principal de la sociedad anónima cerrada está en que no puede exceder de 20 accionistas, es decir, al tratarse de un grupo reducido de accionistas todos o la mayoría se conocen. Por ende, prima el elemento personal de accionista al elemento económico.

Por este motivo es que se podría pactar en los estatutos de la sociedad que los accionistas tengan un derecho de adquisición preferente en los casos en que determinado titular accionista convenga vender sus acciones y la factibilidad de consignar en el pacto social estatutario el derecho de adquisición preferente en la organización societaria, a fin de que ésta última, adquiera las acciones que un determinado accionista desee transferir, si otros socios, no lo desean.

Otras características de la sociedad anónima cerrada, son que el estatuto establezca causales de exclusión de accionistas, lo cual, por lo general, no se admite en las sociedades anónimas; la probabilidad de sentar dentro del pacto social la obligación de lograr la aceptación de la sociedad para la materialización de la venta de acciones; poner restricciones al derecho del accionista para nombrar a terceros como su representante en las Juntas Generales.

En tal sentido, sólo podría hacerlo a favor de otro socio titular de acciones, de su cónyuge o pariente de primer grado de consanguinidad, la factibilidad de que las convocatorias a juntas de accionistas se hagan sin necesidad de avisos en los diarios, o sea mediante facsimil, correo electrónico, esquelas con cargo de recepción u otro medio idóneo de comunicación que faculte a tener una acreditación de recepción; y que puedan haber juntas no presenciales, siendo éstas las que indique que la voluntad social, se expresa por medio indistinto, sea escrito, electrónico o de otra índole.

Todas estas características buscan mantener la calidad personal de los accionistas por encima de los elementos económicos. Las limitaciones a la libre transferencia de acciones también cumplen un rol que es el de mantener la calidad personal de los accionistas.

Las características de este tipo de sociedades anónimas hacen que esta sea atractiva para algunos accionistas minoritarios; por lo que el interés de los accionistas minoritarios en este tipo de sociedades es justamente el de confiar en la calidad personal de los accionistas. Este interés consiste en que el accionista conoce las cualidades personales de sus socios y sus antecedentes económicos lo cual le genera seguridad respecto de su inversión.

c) Interés de los accionistas minoritarios en la sociedad anónima abierta.

La sociedad anónima abierta es otra de las variantes de la sociedad anónima. Este tipo de sociedades ha sido pensado para cotizar en bolsa. En otras palabras, la sociedad anónima abierta facilita las inversiones privadas tanto de grandes como de pequeños inversionistas.

Nuevamente en las características de este tipo de sociedades encontramos el interés de los accionistas minoritarios por invertir en este tipo de sociedades. Pero, antes de pasar a las características, consideramos importante detallar cuando se considera que una sociedad anónima es abierta.

El artículo 249° de la LGS nos define cuando una sociedad debe ser considerada abierta. Este artículo señala:

“La sociedad anónima es abierta cuando se cumpla una o más de las siguientes condiciones:

Ha hecho oferta pública primaria de acciones u obligaciones convertibles en acciones; Tiene más de setecientos cincuenta accionistas;

Más del treinta y cinco por ciento de su capital pertenece a ciento setenta y cinco o más accionistas, sin considerar dentro de este número aquellos accionistas cuya tenencia accionaria individual no alcance al dos por mil del capital o exceda del cinco por ciento del capital;

Se constituya como tal; o todos los accionistas con derecho a voto aprueban por unanimidad la adaptación a dicho régimen.”

El artículo bajo comentario nos señala que una sociedad anónima es abierta cuando se cumplan uno o más de los cinco requisitos en mención. El primero de estos requisitos se refiere a que haya hecho oferta pública primaria de acciones u obligaciones convertibles en acciones. La realización de una oferta pública primaria se encuentra regulada bajo las normas del Mercado de Valores y están sujetas al control de CONASEV.

Lo importante es resaltar que, mediante una oferta pública primaria de acciones u obligaciones convertibles en acciones, se publicita que la sociedad anónima dirige al público la invitación para comprar dichas acciones u obligaciones convertibles en acciones. Esto con la finalidad de que la sociedad al emitir estas acciones u obligaciones obtenga la financiación para cumplir con su objeto social.

El segundo requisito es que la sociedad tenga más de setecientos cincuenta accionistas. Esto quiere decir que basta que la sociedad tenga dicha cantidad de accionistas para que se constituya como una sociedad anónima abierta.

El tercer requisito es que se cumpla los porcentajes indicados en el cuarto párrafo del artículo 249°.

Como en el segundo requisito, se nota la dispersión del accionariado, ha hecho que el legislador crea conveniente regularlo como una sociedad anónima abierta.

El cuarto requisito que es cuando una sociedad se constituya como tal, demuestra la capacidad de elección que tienen los fundadores de una sociedad de determinar libremente el tipo de sociedad que quieren crear.

El quinto requisito es que todos los accionistas con derecho a voto aprueben por unanimidad la adaptación a este régimen. Este requisito, al igual que el cuarto muestra la capacidad de elección que tienen los accionistas no sólo antes de constituir una sociedad sino durante todo el desarrollo de la misma.

En los cinco requisitos que acabamos de comentar hay dos elementos que priman. Estos dos elementos son: a) La gran cantidad de accionistas que existen en la sociedad, lo cual hace que se deje de lado el interés afectivo de los accionistas y, b) la separación que hay entre el control del capital y el manejo de la empresa. Podría decirse que la separación entre ambos conceptos, es una consecuencia de dejar de lado el interés afectivo. Precisamente, los dos elementos antes mencionados son los que hace que los accionistas minoritarios tengan interés en invertir en una sociedad anónima abierta.

Al inversionista ya no le interesa manifestar su voluntad en el seno de la organización societaria, prima más el deseo que ésta última sea manejada con profesionalismo y eficiencia. Esto lo hacen buscando obtener una inversión rentable.

Además, en este tipo de sociedades no se aplican las limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones ya que iría en contra de la velocidad con que deben poderse mover las mismas en una sociedad anónima abierta. Por este motivo es que tampoco es válida la cláusula de derechos de preferencia ya que también limitan la libre transmisibilidad de las acciones. Esta es otra de las características que hacen que una sociedad anónima abierta sea atractiva para los inversionistas. Ellos buscan poder comprar y vender acciones con facilidad y sin ninguna restricción. Por este motivo es que buscan este tipo de sociedades pues las acciones se mueven con mucha facilidad.

Finalmente, los accionistas minoritarios buscan rentabilidad y liquidez a la hora de invertir en una sociedad de este tipo. Por eso es que prefieren que la sociedad esté manejada por profesionales de éxito que les aseguren que están realizando una buena inversión y que van a poder recuperar su inversión y obtener ganancias; o en otras palabras, buscan lucrar.

1.2.7 Justificación de la Protección a los Accionistas Minoritarios en los tres tipos de Sociedades Anónimas

A) Nociones generales.

Creemos importante mencionar antes de pasar a ver cuáles son los mecanismos de protección para los accionistas minoritarios, por qué se les debe de proteger, ya que, si no sabemos esto, los mecanismos de protección no tendrían ningún sentido.

Desde nuestro punto de vista, no existe una única justificación para la protección a los accionistas minoritarios en los tres tipos de sociedades anónimas reguladas por nuestra LGS.

Las justificaciones pueden ser muchas, incluso tantas como los motivos por los cuales las personas deciden invertir en estos tipos de sociedades. Sin embargo, desarrollaremos en el presente apartado las principales justificaciones de la protección a los accionistas minoritarios:

Creemos que, entre los principales motivos para proteger a los accionistas minoritarios es generar confianza en los inversionistas. Por esto, queremos decir que, si los potenciales accionistas minoritarios o inversionistas saben que existen mecanismos de protección para ellos, sólidos y confiables a los cuales pueden acudir en caso ocurra cualquier eventualidad dentro de la sociedad, va a generar una mayor confianza y tranquilidad para que puedan realizar su inversión.

Esta confianza que se genera en los inversionistas, al saber los mecanismos de protección con los que cuentan y que están respaldados por el derecho, es decir, que el derecho no les da la espalda, sino que los protege, hace que se genere mayor inversión.

Las personas invierten de acuerdo a la ratio de la Bolsa de Valores. Por este motivo si saben que no van a contar con el respaldo del derecho en caso surja cualquier inconveniente con sus inversiones, los inversionistas poco a poco dejarán de invertir en las sociedades y por este motivo muchas de estas dejarían de existir ya que muchas de las sociedades requieren de la inversión privada para poder obtener el dinero necesario para poder desarrollar su objeto social.

Además, las reglas claras, o, en otras palabras, la transparencia en cuanto a los mecanismos de protección en caso haya problemas con la sociedad, genera también mayor confianza en los inversionistas lo cual los lleva a realizar mayores y mejores inversiones. Al haber mayores y mejores inversiones gracias a la confianza que los inversionistas llegan a tener cuando conocen los mecanismos de protección que han sido creados para que puedan invertir, se genera más trabajo ya que las sociedades requieren no sólo de dinero para poder desarrollar su objeto social, sino que, además, requieren de capital humano para poder crecer.

El trabajo como se sabe, es necesario para el desarrollo de todas las sociedades no sólo anónimas sino las sociedades del país en su conjunto. Al tener los inversionistas mayor confianza en las sociedades anónimas, podrían invertir con mayor seguridad lo cual ayuda enormemente al desarrollo del país, generando un mayor dinamismo en las sociedades anónimas.

Contando con una protección adecuada para la conveniencia de los accionistas minoritarios, puede generarse un mayor crecimiento empresarial y una mayor diversificación de rubros ya que todas las sociedades no tienen por qué dedicarse al mismo objeto social saturando el mercado y, dejando como consecuencia que una sola empresa se dedique a un objeto social diferente, dado que al tener el monopolio podrá alzar tremendamente los precios, impidiendo que el resto de empresas puedan entrar al mercado, controlando de esta forma el mercado; generando al final un perjuicio a los consumidores que tendrán que pagar precios muy altos por consumir un determinado producto o servicio.

Si se protege adecuadamente los intereses de los accionistas minoritarios, la economía podría mejorar ya que las inversiones crecerían y los consumidores podríamos obtener productos y servicios más económicos ya que los precios serían regulados por la ley de la oferta y la demanda. Además, las sociedades anónimas mismas se verían beneficiadas ya que indirectamente se estaría velando por los intereses de esas sociedades. Debe tenerse en cuenta que en la mayoría de sociedades peruanas el accionariado se encuentra muy dividido, estando la mayoría de acciones en poder de pequeños grupos de accionistas que no llegan a contar si quiera con el 5% de acciones de la sociedad. Estos accionistas pueden llegar a sentirse desprotegidos y decidir no invertir.

Si se les da confianza, las sociedades podrían seguir cumpliendo su objeto social y se podrían reducir los costos de búsqueda de dinero. También, sería más económico seguir recurriendo a un pequeño inversionista para obtener dinero y no tener que recurrir a la ayuda de un banco que cobra intereses muy elevados y por este motivo puede llegar a encarecer el desarrollo de la sociedad por lo que tendría que pagársele al banco con los intereses, hecho que no sucede cuando el dinero se obtiene de los accionistas minoritarios.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la mayoría de sociedades en nuestro país no existen como tales; es decir, dado que la norma establece que para crear una sociedad se requiere de por lo menos dos accionistas, en este sentido, muchas personas para cumplir con la norma, buscan un accionista minoritario sólo para cumplir con el requisito, pero este accionista mayoritario es quien realiza todas las actividades de la sociedad. Esta es la forma utilizada por muchas personas para poder obtener los beneficios que una sociedad anónima les brinda, cuando en realidad se trata de una persona natural realizando actividad empresarial.

No debe descuidarse, además, que las sociedades anónimas abiertas detentan el deber de enviar la información principal a La Superintendencia del Mercado de Valores (siglas: SMV), anteriormente CONASEV (Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores), dado que dicha información debe ser pública. Las sociedades que incumplen con esta información deben ser sancionadas. En las sociedades anónimas y en las sociedades anónimas cerradas, los socios pueden requerir la información de la empresa y las sociedades están en la obligación de suministrarles la información relevante.

Sin embargo, si bien en las sociedades anónimas abiertas la información principal es pública, debe dividirse e identificar lo público de lo no público. Este análisis debe efectuarse caso por caso, pero podemos adelantar que en todos los casos los estados financieros de las empresas, por ningún motivo, deben ser privados.

En las sociedades anónimas cerradas y, el resto de sociedades anónimas se debe implementar el método más adecuado para todos los accionistas, a fin de acceder a la información. Algunas formas de acceder a la información se encuentran reguladas en la LGS, por ejemplo, al señalar que todos los accionistas pueden pedir la información relevante de la empresa con anterioridad a la Junta General de Accionistas. A su vez, nosotros consideramos que en los estatutos de la sociedad podrían plantearse formas especiales para que los accionistas puedan acceder a la información.

Todos los motivos antes expuestos justifican la protección de los accionistas minoritarios. Estos motivos, sin perjuicio de otros que pudieran existir, son para nosotros las razones más importantes que nos llevan a proteger a los accionistas minoritarios para que puedan invertir con tranquilidad en una sociedad anónima.

Merece finalmente, en este apartado, hacer una clara diferenciación de los tres supuestos; es decir, de la justificación de la protección al accionista minoritario en los 3 tipos de sociedades anónimas; en la Sociedad Anónima ordinaria o propiamente dicha, la Sociedad Anónima Abierta y la Sociedad Anónima Cerrada.

En torno al estudio y análisis de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades, podemos señalar lo siguiente:

Respecto del primer tipo de sociedades la Ley no prevé una regulación de la protección del accionista minoritario, sin embargo, se acoge a las normas generales establecidas en la LGS.

En el segundo tipo de sociedades (SAA), si se encuentra claramente prevista en la LGS lo atinente a la protección del accionista minoritario, en principio el accionista mayoritario, a priori, se soluciona evaluando el número total de acciones que se encuentren dentro del capital social. Pero, aun así, nuestra LGS no le concede al socio mayoritario el total de facultades, por lo que éste no puede valerse de la sociedad a beneficio propio; lo que prima es el interés de la persona jurídica, aunado a esto existe una entidad como la SMV, que supervisa y fiscaliza, respecto de las utilidades y beneficios sujetos a distribución.

En cuanto a la sociedad anónima cerrada, al igual que la Sociedad Anónima ordinaria, no tiene una regulación prevista en la LGS, con la única diferenciación que la sociedad anónima cerrada, es una sociedad familiar, pequeña y muy singular, por lo que, para realizar transferencias de acciones, la sociedad pone en pleno conocimiento a la sociedad, como lo prevé, el párrafo tercero del artículo 230° de la LGS:

“En cualquier caso de transferencia de acciones y cuando los accionistas no ejerciten el derecho de adquisición preferente, la sociedad podrá adquirir las acciones mediante acuerdo adoptado por una mayoría, no inferior a la mitad del capital suscrito.”.

En el caso de que exista un desacuerdo en las decisiones de cualquiera de las sociedades, harán uso de las facultades previstas en la Ley societaria, como es el derecho a impugnar; en síntesis, no habría mayor problema en la tratativa de este tipo societario.

1.2.8 Mecanismos de protección de los accionistas minoritarios

Los mecanismos de protección a los accionistas minoritarios en las Sociedades Anónimas están pensados para que dichos accionistas cuenten con una información adecuada sobre el desarrollo de la sociedad y para que puedan hacer valer sus derechos como accionistas, tales como, votar en las Juntas Generales.

Existen diferentes formas de proteger a los accionistas minoritarios, por lo que, en este capítulo, analizaremos las principales formas de protección, que merecen los accionistas minoritarios, por ende, se deberá tener en cuenta que las formas de protección pueden servir tanto a los accionistas mayoritarios como a los minoritarios pues la LGS no hace ninguna diferenciación entre los distintos accionistas. Sin embargo, se suele decir que los mecanismos de protección están destinados a los accionistas minoritarios porque son ellos los que pueden verse más afectados.

En lo que atañe, anotamos, en resumen, lo expuesto por Hundskopf Exebio (1999):

“Refiere, que debemos tener en consideración que, los mecanismos de protección a los accionistas minoritarios pueden utilizarse en los tres tipos de sociedades anónimas, salvo prohibición expresa de la ley como, por ejemplo, las limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones en las sociedades anónimas abiertas. A mayor abundamiento, se precisa que, los accionistas minoritarios son quienes gozan de las acciones sin derecho a voto y que, optan por las acciones sin derecho a voto, sacrificando sus derechos políticos por un derecho económico especial, que al margen de establecerse mecanismos especiales en la distribución del haber social, la ley N° 26887, sí ha previsto derechos en las que están implícitos tales formas de protección, como son: El derecho a recibir información semestral; el derecho de separación en los casos previstos en la ley y, en el estatuto; el derecho de impugnación de los acuerdos que lesionen sus derechos y el derecho de suscripción preferente.” (p. 10).

A) Derechos de los accionistas Minoritarios

a) Derecho de separación

El derecho de separación es aquel derecho que le permite a un accionista retirarse de la sociedad en los casos en que pueda haber cambios significativos en el desarrollo de la misma y que puede acarrear serias consecuencias para los accionistas, especialmente los minoritarios. Los casos en los cuales se puede ejercer este derecho deben estar expresamente estipulados en la ley o en el estatuto de la sociedad.

De Gregorio (como se citó en Bolaffio, 1950), comenta este derecho como:

Estamos frente a un instituto singular, puesto que se encuentra en evidente contraste lógico con la premisa que quiere que sea gobernado el ente social por su máximo órgano (la asamblea), frente al cual debe someterse la voluntad de los accionistas singulares de manera que la separación tiene este contenido: que en cuanto a algunas deliberaciones, aun siendo la voluntad del ente expresada por una cierta mayoría conforme de lo que han intervenido en la asamblea, a ella pueden sustraerse, con la disolución de su particular vínculo social, los que no están conformes (pp. 675-676).

El artículo 200° de nuestra la LGS (1997), se encarga de regular este derecho señalando:

“Artículo 200°.- Derecho de separación del accionista

La adopción de los acuerdos que se indican a continuación, concede el derecho a separarse de la sociedad:

1. El cambio del objeto social;
2. El traslado del domicilio al extranjero;
3. La creación de limitaciones a la transmisibilidad de las acciones o la modificación de las existentes; y,
4. En los demás casos que lo establezca la ley o el estatuto.

Sólo pueden ejercer el derecho de separación los accionistas que en la junta hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo; los ausentes; los que hayan sido ilegítimamente privados de emitir su voto y; los titulares de acciones sin derecho a voto.

Aquellos acuerdos que den lugar al derecho de separación deben ser publicados por la sociedad, por una sola vez, dentro de los diez días siguientes a su adopción, salvo aquellos casos en que la ley señale otro requisito de publicación. El derecho de separación se ejerce mediante carta notarial entregada a la sociedad hasta el décimo día siguiente a la fecha de publicación del aviso a que alude el acápite anterior.

Las acciones de quienes hagan uso del derecho de separación se reembolsan al valor que acuerden el accionista y la sociedad. De no haber acuerdo, las acciones que tengan cotización en Bolsa se reembolsarán al valor de su cotización media ponderada del último semestre. Si no tuvieran cotización, al valor en libros al último día del mes anterior al de la fecha del ejercicio del derecho de separación. El valor en libros es el que resulte de dividir el patrimonio neto ente el número total de acciones.

El valor fijado acordado no podrá ser superior al que resulte de aplicar la valuación que corresponde según lo indicado en el párrafo anterior. La sociedad debe efectuar el reembolso del valor de las acciones en un plazo que no excederá de dos meses contados a partir de la fecha del ejercicio del derecho de separación. La sociedad pagará los intereses compensatorios, devengados entre la fecha del ejercicio del derecho de separación y el día del pago, los mismos que serán calculados utilizando la tasa más alta permitida por ley para los créditos entre personas ajenas al sistema financiero. Vencido dicho plazo, el importe del reembolso devengará adicionalmente intereses moratorios.

Si el reembolso indicado en el párrafo anterior pusiese en peligro la estabilidad de la empresa o la sociedad no estuviere en posibilidad de realizarlo, se efectuará en los plazos y forma de pago que determine el juez a solicitud de esta, por el proceso sumarísimo. De acuerdo a nuestra LGS (1997), es nulo todo pacto que excluya el derecho de separación o haga más gravoso su ejercicio.”

Dicho artículo señala tres (03) causales en las cuales puede ejercerse el derecho de separación. Además, se establece que es nulo cualquier pacto societario que excluya el derecho de separación o haga más gravoso su ejercicio.

La primera causal es el cambio del objeto social de la sociedad. En este caso, nos parece lógico que se pueda ejercer el derecho de separación, ya que, significa un cambio sustancial. Si se cambia el objeto social de una sociedad, pueden desaparecer las razones por las cuales un accionista decidió invertir en dicha sociedad.

Sería ilógico pensar que un accionista no pueda separarse de una sociedad si se cambia su objeto social y, solo invirtió en la sociedad por el rubro al que ésta sociedad pertenecía.

La segunda causal es el traslado del domicilio al extranjero. Esta causal fue pensada porque, si el domicilio se traslada al extranjero, es más difícil para el accionista ejercitar su derecho de asistir presencialmente a las Juntas de Accionistas, participar en las mismas y, finalmente, fiscalizar el desarrollo de la sociedad.

La tercera causal es la creación de limitaciones o ciertas restricciones a la enajenación de las acciones o modificación de éstas. El hecho que se limite la transferencia de acciones, puede generarle un perjuicio al accionista, ya que, se está atentando con una de las facultades del accionista y con una de las características de la acción que es que sea transmisible con facilidad. Esta limitación puede acordarse mediante una mayoría calificada y, no por

unanimidad con lo cual las personas que no están de acuerdo pueden verse seriamente perjudicada.

Lo mismo sucede en los casos en que se modifica las limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones, dado que, el accionista podría preferir que exista esta limitación con el propósito de preservar a los mismos accionistas o en sociedades donde importa mucho las características personales del socio accionista.

Además de dichas causales, la LGS (artículos 262°, 338°, 356°, 385° y otros) plantea otros supuestos en los cuales se logra ejercitar el derecho de separación. Dichos supuestos son:

El supuesto de hecho, en el cual la asamblea decide variar el programa fundacional por un proceso de constitución social por oferta a terceros.

En los asuntos de la constatación de la valorización de los aportes no dinerarios se produzca una diferencia en contra de la sociedad.

En las sociedades anónimas cerradas, si el socio no vota a favor de la variación del régimen de limitaciones a las transferencias de acciones o de cambios al derecho de adquisición preferente. (Art. 244)

En la sociedad anónima abierta cuando se adopta el acuerdo de retirar del registro del mercado bursátil, las acciones u obligaciones de uno o más accionistas, perdiendo con ello pierde su calidad de sociedad abierta. (Art. 262°)

En todos los procesos de transformación, fusión y escisión de sociedades. (Art. 338°, 356° y 385)

Cuando lo establezca el estatuto de la sociedad.

El artículo bajo comentario señala expresamente quienes tienen la potestad de ejercitar el derecho de separación. Dichas personas son: los socios titulares de acciones sin derecho a voto; los accionistas que, en junta general, pusieron en conocimiento mediante acta, la oposición al acuerdo adoptado, los que no concurrieron a la junta y; los que arbitrariamente hayan sido vedados para emitir su voto.

Todo acuerdo que trae como consecuencia, ejercitar el derecho de separación, será publicado por la sociedad, por vez única y; en el período de diez días postreros a su acogimiento, a no ser, que la normatividad exija un requisito adicional. Esto se hace con la finalidad de que los accionistas que no pudieron estar en la Junta tomen conocimiento del acuerdo adoptado y puedan ejercer su derecho de separación dentro de los plazos estipulados. Dentro del plazo antes señalado, a la fecha de publicación del aviso, el accionista que quiera ejercer su derecho de separación debe de cursar a la sociedad una carta notarial señalando que desea ejercer dicho derecho.

El accionista y la sociedad acuerdan la cotización de las acciones a reembolsar a quienes ejercite el derecho de separación. Sólo en caso que no haya acuerdo adoptado, las acciones que estén cotizadas en bolsa, serán pasibles de ser reembolsadas a un valor de su cotización, de los últimos seis meses.

Las acciones no cotizadas en bolsa deben valorizarse de acuerdo al valor previsto en el libro matricula de acciones, al día último del mes anterior a la fecha de haber ejercitado el derecho de separación. Éste valor, es el resultado que se obtiene de la división del patrimonio neto entre el número total de acciones.

Creemos que las partes pueden pactar otra forma de valorizar las acciones siempre que el valor precisado y acogido en acuerdo no supere a la valoración efectuada con la aplicación de los métodos antes descritos. Esto se hace con la finalidad que no se le genere a la sociedad un perjuicio económico por la sobrevaluación de las acciones, sin embargo, no deja casi ningún margen para negociar dado que el acuerdo sólo puede disponer un monto dinerario igual o por debajo de la valorización bursátil o por el patrimonio neto.

La sociedad tiene la obligación de reembolsar el valor de las acciones dentro de un plazo de dos meses, el mismo que será computado, desde el día, fecha y hora en que se ejercitó el derecho de separación, es decir, contados desde la recepción de la carta notarial en donde el accionista comunica que va a ejercer su derecho de separación. Además, debe pagar la liquidación de devengados por concepto de intereses compensatorios, la misma que oscilará entre la fecha en que se ejerció el derecho antes mencionado hasta la fecha del pago, para tal efecto, dicho cálculo se valdrá de la tasa más alta establecida por ley para los créditos entre personas diferentes al sistema financiero. Vencido el periodo de tiempo, la sociedad se obliga a pagar, además de la suma que corresponda, los intereses moratorios correspondientes.

Como toda excepción a la regla, la forma de pago y los mencionados para el cumplimiento del reembolso, podrán ser variados por el juez, a solicitud de la sociedad, siempre y cuando tal obligación ponga a la sociedad en una situación de zozobra, financieramente hablando o cuando aquella, no esté en la posibilidad de materializar dicho reembolso. Esto se tramitará como proceso sumarísimo.

Finalmente, el artículo 200° de la LGS establece que es nulo todo pacto que excluya el derecho de separación o haga más gravoso su ejercicio, por lo tanto, dicho derecho puede ser usado en los tres tipos de sociedades anónimas.

***b) Derecho a Convocar a Junta General de Accionistas
en la Sociedad Anónima Ordinaria y en la Sociedad
Anónima Cerrada.***

La Junta General de Accionistas debe convocarse, de acuerdo al artículo 113° nuestra LGS cuando:

“El directorio o en su caso la administración de la sociedad convoca a junta general cuando lo ordena la ley, lo establece

el estatuto, lo acuerda el directorio por considerarlo necesario al interés social o lo solicite un número de accionistas que

represente cuando menos el veinte por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto.”

En palabras de Montoya Alberti (2005):

El Directorio, tiene la potestad de aceptar o no la petición de los accionistas, puede que no considere pertinente la convocatoria, en razón que la misma pretende tratar un asunto que corresponde a las funciones propias del Directorio. Sin embargo, la ley confiere a ese grupo representativo de accionistas el derecho de acudir al juez en caso que el Directorio no convoque a Junta, quien evaluará si el pedido es procedente (p. 21).

Por lo demás, el citado investigador hace énfasis que, este derecho es materia de reconocimiento en otras legislaciones societarias, con una variación porcentual de las acciones necesarias para ejercitarla, que tal vez podría ser menor para darle más chance a los accionistas minoritarios.

c) Derecho a convocar a Junta General de Accionistas, en la Sociedad anónima abierta.

De conformidad con el artículo 255° de nuestra LGS, el porcentaje exigido para la convocatoria disminuye, en virtud de la dispersión del accionariado, implicando una problemática, cuando el número porcentual sea elevado, así nuestra legislación societaria establece que los socios deberán significar como mínimo el cinco por ciento (5%) de las acciones suscritas con derecho a voto, posibilitados para requerir vía notarial al Directorio la convocatoria para la realización de la junta general. Asimismo, el Directorio estará obligado a comunicar el aviso de convocatoria en un plazo de quince días, computados a partir del día siguiente de recibida la referida petición, que contendrá la agenda

de los temas que serán sometidos a junta.

En el caso, de denegarse la solicitud o hubiesen pasado más de quince días, omitiéndose publicar la convocatoria, los accionistas que cumplan con los requisitos ante mencionados, recurrirán a la Superintendencia de Mercados y Valores – SMV para solicitar se realice la convocatoria.

d) Derecho a pedir aplazamiento de la Junta General de accionistas

En determinadas legislaciones es accesible que los socios soliciten la prórroga de la Junta General, en el supuesto de hecho, que estimen no estar necesariamente informados para deliberar y votar los asuntos puestos en agenda. Sin embargo, resultaría necesario verificar si la carencia de información atañe al total de los puntos de agenda, o sólo a determinados puntos; en este caso, la prórroga incumbiría sólo a estos.

De conformidad con el artículo 131° de la LGS es procedente el aplazamiento, en el caso que lo pidan accionistas que equivalgan como mínimo el veinticinco (25%) de las acciones suscritas con derecho a voto, como expresamente lo prevé el párrafo primero del citado artículo:

“A solicitud de accionistas que representen al menos el veinticinco por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto la junta general se aplazará por una sola vez, por no menos de tres ni más de cinco días y sin necesidad de nueva convocatoria, para deliberar y votar los asuntos sobre los que no se consideren suficientemente informados.”

e) Derecho a pedir la sesión presencial de la Junta de Accionistas en la sociedad anónima cerrada.

Este tipo de sociedades, es posible que se realicen juntas no presenciales, mediante medio escrito, electrónico (vía skype o videoconferencia, etc.) o de otra naturaleza, siempre y cuando se asegure la autenticidad de la comunicación; no obstante, es obligatorio la celebración de Junta de Accionistas, en cuanto ésta sea solicitada por socios que representen una cantidad porcentual de las acciones suscritas con derecho a voto, tal como lo contempla el artículo 246° de la LGS, debiendo ser presencial cuando lo requieran accionistas que equivalgan al veinte por ciento (20%) de las acciones suscritas con derecho a voto.

f) Suspensión del acuerdo impugnado.

Nuestra legislación societaria vigente, otorga la posibilidad de que el accionista minoritario solicite la suspensión del acuerdo impugnado mediante una medida cautelar que reincide sobre el meollo del tema. A través de esta acción, el solicitante tiene como objetivo dejar sin efecto la aplicación del acuerdo, esto de conformidad con la aplicación supletoria del artículo 674° del Código Procesal Civil, como una medida de carácter excepcional, partiendo de este mismo principio el artículo 145° de la LGS.

Cabe precisar que, para materializar el procedimiento de impugnación, se exige ciertos requisitos: a) Que sea pedido por accionistas que equivalgan como mínimo el veinte por ciento (20%) del capital suscrito, toda vez que, se trata de un hecho gravoso, en el sentido que suspender un acuerdo impugnado, podría originar un grave perjuicio para la sociedad, en la medida que paraliza las actividades de la misma; es por esta razón, que el juez ordenará que los peticionantes presten contracautela con el propósito de restituir y/o indemnizar

los daños y perjuicios que pudiese causar la suspensión.

g) Derecho a pedir auditorías y revisiones e investigaciones especiales

En virtud de la transparencia de una administración económica de la organización societaria, es necesario que estas sean materia de auditorías e informes que soliciten los socios, en el supuesto de hecho que, consideren que la rendición de cuentas de parte de la administración no cubre las expectativas, requiriéndose una indagación exhaustiva.

De acuerdo a nuestra LGS las auditorías externas anuales son obligatorias para las sociedades anónimas abiertas. Respecto de otros tipos societarios, estará supeditado a lo que se haya establecido en el estatuto o la junta general. En este último caso, se requiere que el acuerdo se apruebe por el diez por ciento (10%) de las acciones suscritas con derecho a voto.

Lo novedoso es que el requerimiento podrá ser solicitado por cualquier socio, es decir, se trata de un derecho individual. En cuanto a la adopción del acuerdo, según la LGS no se requiere una mayoría, sino tan sólo el diez por ciento, como lo indica el párrafo precedente, para que la sociedad encargue la auditoría especial que correspondan a los últimos estados financieros.

h) Representación de la minoría en el Directorio

En la mayoría de legislaciones societarias se encuentran los sistemas de elección que posibiliten a la minoría, poder elegir a determinados directores, buscando de esta forma que sólo sean elegidos los accionistas mayoritarios, puesto que son éstos últimos los quienes tienen el control de la sociedad.

Uno de los sistemas que garantizan la intervención de las minorías en el Directorio, es el denominado “voto acumulativo”, a través del cual el número del voto de cada acción se multiplica por la cantidad de directores sujetos a ser elegidos, hecho que hace accesible el acumular votos a favor del socio accionista que se pretende elegir. Bajo este sistema el minoritario puede acumular sus votos en determinado candidato a fin de que éste ocupe un curul en el Directorio.

Cabe advertir que el artículo 164° de nuestra LGS, prescribe la elección por voto acumulativo, bajo dicho sistema, cada acción faculta a tantos votos como directores deban elegirse, siendo que, los votantes pueden acumular sus votos, beneficiando a una o de varias personas. En síntesis, este modus operandi es una forma de beneficiar al accionista minoritario. El artículo antes mencionado, da la posibilidad que dicho sistema pueda ser variado, siempre y cuando lo estipule el estatuto, respetándose la representación minoritaria.

j) Derecho de suscripción preferente

El derecho de suscripción preferente se encuentra regulado en los artículos 207° y siguientes de nuestra LGS. Este derecho estriba en que los socios titulares acciones, dado el evento de aumento de capital por nuevos aportes, la preferencia para suscribir nuevas acciones a prorrata de su participación en el accionariado. Sin embargo, de acuerdo a lo que prevé el artículo 207° de la LGS peruana, existe una restricción que no permite ejercer este derecho a quienes se las haya constituido en mora, respecto del el pago de los dividendos pasivos.

Esto tiene sentido, ya que, sería ilógico pensar que un accionista que aún no paga los dividendos pasivos que todavía adeuda a la sociedad vaya a pagar las nuevas acciones que adquiriera.

Brunetti (1960) define lo siguiente:

“el derecho concedido a los antiguos accionistas que tiende a proteger la integridad de su participación en la sociedad, porque con el ejercicio de la opción, recuperarán con las nuevas acciones, lo que pierden con las antiguas, como consecuencia de la nueva emisión” (p. 647).

Cabe señalar también que este derecho pueden ejercerlo tanto los accionistas con acciones con derecho a voto, como aquellos accionistas que posean acciones sin derecho a voto. El objetivo de esto, es que los accionistas puedan mantener su mismo porcentaje de acciones en la sociedad después de un aumento de capital. Por tanto, el ejercitar el derecho de preferencia debe efectuarse, como mínimo, en dos ruedas.

En el primer acto, el accionista tiene derecho a suscribir las nuevas acciones, a prorrata de lo que ostenta al momento en que se fije el acuerdo. Esto es lo máximo que puede suscribir cada accionista en primera rueda con la finalidad de que todos los accionistas puedan ejercer su derecho de suscripción preferente. Si todos ejercen su derecho en la primera rueda, ya no es necesario pasar a la siguiente rueda, ya que, no quedarán acciones por suscribir.

La segunda rueda se da sólo en los casos en que no todos los accionistas hayan ejercido su derecho en primera rueda. Pueden suscribir acciones en esta rueda aquellos socios que hayan participado en primera rueda, a prorrata de su participación accionaria, respetando en ella, las acciones que hubieran suscrito en la primera rueda, es decir, su nuevo porcentaje accionario. En esta segunda rueda los accionistas pueden aumentar su porcentaje accionario, dado que, adquieren acciones que nadie quiso suscribir, aun habiendo ya adquirido

acciones en la primera rueda.

En caso después de la segunda rueda queden todavía acciones por suscribir, la Junta General, o, en su caso, el Directorio, deben establecer el procedimiento que debe seguirse.

También, señala el artículo 208° de nuestra LGS, en relación al ejercicio del derecho de preferente, lo siguiente:

“(…)

salvo acuerdo unánime adoptado por la totalidad de los accionistas de la sociedad, el plazo para el ejercicio del derecho de preferencia, en primera rueda, no será inferior a diez días, contados a partir de la fecha del aviso que debe publicarse al efecto, o, de una fecha posterior que se consigne en dicho aviso. El plazo para la segunda rueda, y las siguientes, si las hubiere, se establece por la Junta General no pudiendo, en ningún caso, cada rueda ser menor a tres días. La sociedad está obligada a proporcionar a los suscriptores en forma oportuna la información correspondiente a cada rueda.”

El artículo 209° de la LGS, señala que el derecho de suscripción preferente se representa a través de un título denominado certificado de suscripción preferente o por medio de título desmaterializado o cuenta electrónica. Se trata de títulos libremente transferibles, total o parcialmente. En los casos de las transferencias parciales, significa que el accionista puede desdoblar los certificados de participación preferente que le pertenezcan en tantos títulos como quiera.

Por norma estatutaria o por un contrato entre accionistas debidamente registrados en la organización societaria, puede restringirse la libre transferencia del derecho de suscripción preferente. La Junta General, o, en su caso, el directorio, deben señalar la oportunidad, el monto, condiciones y procedimiento para la suscripción del derecho.

El certificado de suscripción preferente, o en su caso las anotaciones en cuenta, obligatoriamente estarán a disposición de sus titulares, en un plazo no mayor de quince días útiles, computados al día siguiente de la fecha en que se acordó el aumento de capital. En el aviso que debe publicarse, al cual ya hemos hecho mención, debe indicarse la fecha en que estarán a disposición de los accionistas. El artículo 209° de la LGS, señala, a su vez, el contenido del certificado lo cual es de gran importancia porque sirve de información para el accionista que lo reciba como para la persona que lo adquiera posteriormente. Dicho certificado debe contener necesariamente la siguiente información:

“La denominación de la sociedad, los datos relativos a su inscripción en el Registro y el monto de su capital;

La fecha de la Junta General o del Directorio, en su caso, que acordó el aumento de capital y el monto del mismo;

El nombre del titular;

El número de acciones que confieren el derecho de suscripción preferente y el número de acciones que da derecho a suscribir en primera rueda;

El plazo para el ejercicio del derecho, el día y hora de inicio y de vencimiento del mismo, así como el lugar y el modo en que puede ejercitarse;

La forma en que puede transferirse el certificado; La fecha de emisión; y,

La firma del representante de la sociedad autorizado al efecto.

Las anotaciones en cuenta tienen la información que se señala, en la forma que disponga la legislación especial sobre la materia; es decir, las normas sobre el mercado de valores.”

Finalmente, el artículo 209° se encarga de regular los derechos de los tenedores de certificados de suscripción preferente. Se establece que dichos tenedores que concurrieron en la primera rueda podrán participar en las posteriores si fuera el caso, tomando en cuenta en cada una de las ruedas, el monto de las acciones que suscribieron, en relación al ejercicio del derecho de suscripción preferente que adquirió; en iguales condiciones, ejercerá el último o los últimos tenedores de certificados de suscripción preferente por haberlos adquirido de su titular. La constancia de suscripción se encuentra en un recibo extendido por duplicado; una de las dos constancias debe ser entregada al suscriptor.

La Junta General o, en su defecto, el Directorio, está obligado a comunicar mediante un aviso las citaciones, el monto, condiciones y procedimiento para el aumento de capital, etc. Debe tenerse en cuenta que la comunicación no resulta indispensable, en el supuesto de hecho que, el incremento ha sido aprobado mediante Junta Universal y la sociedad no posea acciones emitidas y suscritas sin derecho a voto.

En ningún caso se deberá confundir el derecho de suscripción preferente que es aquel derecho que acabamos de mencionar, con el derecho de adquisición preferente que se encuentra regulado en el artículo 237 de la LGS y que consiste en que los accionistas de una sociedad anónima cerrada que deseen enajenar su acciones total o parcialmente a otro socio o a terceros, pondrá en conocimiento a la organización societaria, por medio de carta dirigida al gerente general, quien correrá traslado a todos los accionistas para que estos puedan adquirir dichas acciones a prorrata de su participación en el capital.

Así lo establece Elías Laroza (1999) al señalar:

Por esta razón, con el propósito de cautelar el interés de los accionistas de mantener la titularidad de las acciones en poder del pequeño grupo inicial, el artículo 237° impone el derecho de adquisición preferente, de tal manera, que salvo que el estatuto disponga lo contrario, las acciones de una SAC no pueden ser transferidas libremente. Cuando algún accionista desea transferir sus acciones, los demás tienen derecho preferente en forma proporcional, según el procedimiento que establece la ley (p. 650).

Este derecho puede ser usado por todos los accionistas en los tres tipos de sociedades anónimas.

i) Derecho a percibir utilidades liquidas.

Es un derecho que implica la distribución en forma obligatoria de dividendos en monto dinerario por una suma equivalente al 50% de la utilidad repartible en cada ejercicio, una vez realizado la detracción del monto aplicable a la reserva legal, según la LGS, lo solicitarán los socios que equivalgan, como mínimo, el veinte por ciento (20%) de la totalidad de acciones suscritas con derecho a voto, según lo dispone su artículo 231°.

En resumen, basta con la solicitud para que se otorgue el beneficio, no pudiendo ser ejercido por propietarios de acciones supeditadas al régimen especial sobre dividendos, como sucede en el supuesto de hecho de las acciones privilegiadas sin derecho a voto.

En cuanto al cumplimiento de este acuerdo, atañerá al accionista pedirlo a través de los Órganos Jurisdiccionales del Poder Judicial.

j) Derecho a participar en el proceso de liquidación de la sociedad.

En palabras de Montoya Alberti (2005), menciona lo siguiente:

“El derecho del accionista minoritario de participar en el proceso de liquidación se refleja en la posibilidad de solicitar la convocatoria a junta general para que los liquidadores informen sobre la marcha de la liquidación, así como la designación de un representante que vigile las operaciones de liquidación a tenor de lo dispuesto en el artículo 414° de la LGS, requiriéndose en ambos casos que los socios o accionistas representen cuando menos la décima parte del capital social” (p. 25).

B) Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones.

El artículo 55° de la LGS señala el contenido del estatuto de una sociedad.

Dicho artículo, reza expresamente que:

“Artículo 55°. El estatuto contiene obligatoriamente:

1. La denominación de la sociedad;
2. La descripción del objeto social;
3. El domicilio de la sociedad;
4. El plazo de duración de la sociedad, con indicación de la fecha de inicio de sus actividades;
5. El monto del capital, el número de acciones en que está dividido, el valor nominal de cada una de ellas y el monto pagado por cada acción suscrita;
6. Cuando corresponda, las clases de acciones en que está dividido el capital, el número de acciones de cada clase, las características, derechos especiales o preferencias que se establezcan a su favor y el régimen de prestaciones accesorias o de obligaciones adicionales;
7. El régimen de los órganos de la sociedad;
8. Los requisitos para acordar el aumento o disminución del capital y para cualquier otra modificación del pacto social o del estatuto;
9. La forma y oportunidad en que debe someterse a la aprobación de los accionistas la gestión social y el resultado de cada ejercicio;
10. Las normas para la distribución de las utilidades; y,
11. El régimen para la disolución y liquidación de la sociedad. Adicionalmente, el estatuto puede contener:
 - a) Los demás pactos lícitos que estimen convenientes para la organización de la sociedad.
 - b) Los convenios societarios entre accionistas que los obliguen entre sí y para con la sociedad.”

Los contratos, mencionados en el literal b), que se celebren, modifiquen o se extingan, ergo de haberse concedido el testimonio en que conste el pacto social estatutario, se inscriben en el Registro, no siendo necesario modificar dicha norma estatutaria. Como se puede apreciar, en este artículo se establece que en el estatuto de la sociedad debe señalarse la denominación; la descripción

del objeto social; el domicilio; el plazo de duración; el capital social y las acciones; el régimen de los órganos de la sociedad; la forma y oportunidad en que los accionistas deben aprobar la administración de la sociedad y el balance del ejercicio anual; el reglamento para la repartición de las utilidades y la regulación para la disolución y liquidación de la organización societaria.

Además, se señala que, la norma estatutaria puede cobijar otros convenios lícitos que beneficien a la sociedad anónima y los contratos societarios entre socios que los obliguen entre sí y para con la organización jurídica societaria. Lo interesante está en determinar si una restricción estatutaria a la libre transmisibilidad de acciones puede encajar dentro del supuesto de que en el estatuto se establezcan los demás pactos lícitos que se consideren favorables para la sociedad. Nosotros consideramos que sí, por los motivos que procederemos a explicar.

Las restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones son restricciones que se señalan en el estatuto de la sociedad para la transmisión de las acciones. Es decir, un accionista de una sociedad que tenga una restricción a la libre transmisibilidad de acciones va a tener que comunicarle a la Junta de la sociedad su intención de enajenar sus acciones, para que, la sociedad compre las acciones de aquel, u otro accionista de la sociedad compre las acciones o, en el supuesto que no sea de ninguno de los dos primeros supuestos, pueda transferirle a un tercero dichas acciones.

Estas restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones se dan más que todo en las sociedades anónimas cerradas para poder mantener el elemento *intuitio personae*. Así también lo establece Ba Thánh (1963) al señalar:

En la sociedad anónima cerrada o familiar, en cambio, siendo esencial el intuitus personae de los consocios, el concepto de la incorporación de la calidad de socio (anónima) a títulos libremente negociables, es incompatible con el primer objetivo deseado por los socios: el mantener la identidad de los miembros, o por lo menos, limitar o controlar la libre entrada de nuevos miembros. Por consiguiente, la regla será la limitación a la libre transmisibilidad de los títulos (p. 177).

Una forma de restringir la libre transmisibilidad de las acciones es, por ejemplo, el derecho de adquisición preferente, lo cual es un acuerdo válido que debe constar en el estatuto de la sociedad. El pacto de restringir la libre transmisión de las acciones es válido en tanto sea estipulado en el estatuto de la sociedad porque eso significa que los accionistas de la misma estuvieron de acuerdo en estipularlo. De esta forma, al ser un pacto válido, creemos que sí puede estipularse.

Estas restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones lo que busca es proteger a los accionistas minoritarios de dos formas. La primera es dándoles la oportunidad de que adquieran mayor cantidad de acciones dentro de la sociedad para que dejen de ser accionistas minoritarios.

La segunda es comunicándoles a todos los accionistas de la sociedad que una persona desea enajenar acciones, entonces los accionistas minoritarios, al enterarse de esto, pueden saber si algún accionista tiene interés de incrementar su porcentaje de acciones adquiriendo las que se encuentran en venta, o en su defecto, ejerciendo su derecho de adquisición preferente a la brevedad para que una persona no adquiriera el control absoluto de la sociedad al adquirir dichas acciones.

Como se puede apreciar, las restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones es un mecanismo que está muy ligado al derecho de adquisición preferente y a su vez es muy útil porque da la posibilidad a los accionistas de obtener un mayor porcentaje de acciones dentro de una sociedad.

Tal como comenta Elías Laroza (1999), deberá tenerse en cuenta que las restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones, se encuentra expresamente prevista para las sociedades anónimas cerradas. Es decir, incluso si en el estatuto de una sociedad anónima cerrada no se ha previsto el derecho de adquisición preferente, este derecho aún existe porque se encuentra regulado por la LGS, de acuerdo a lo que establece el artículo 237° de la ley. Para este tipo de sociedades, el estatuto deberá suprimir el derecho de preferencia expresamente contenido en un determinado pacto, en caso que los accionistas de dicha sociedad, no quieran contar con este derecho (p. 323).

Otra forma que tiene prevista nuestra LGS además del derecho de adquisición preferente de los accionistas, es la facultad que tiene la sociedad per se, para aprobar cualquier enajenación de acciones que se pretenda realizar, siempre y cuando lo establezca el estatuto. La Junta de Accionistas es quien deberá aprobar o desaprobar la transferencia de acciones propuesta. Este derecho se encuentra regulado en el artículo 238° de la LGS.

Otro mecanismo para restringir la libre transmisibilidad de las acciones se da en los casos en que cuando sea posible la enajenación forzosa de las acciones de una sociedad anónima cerrada, ésta será notificada con la respectiva

resolución judicial o con el requerimiento de venta, a efectos de que, en un plazo diez días calendario de efectuada la venta forzosa, la sociedad se subrogue al adjudicatario de las acciones, por el mismo valor nominal que se haya pagado por éstas y de esta forma evitar la participación de terceros en su composición accionaria.

En el caso de transmisión de las acciones por sucesión, los accionistas tienen derecho a adquirir, dentro del plazo estipulado en el estatuto, dichas acciones por su valor a la fecha del fallecimiento.

Si bien todos los mecanismos descritos en los párrafos anteriores para restringir la libre transmisibilidad de las acciones han sido previstos para las sociedades anónimas cerradas, en el caso de las sociedades anónimas normales, dicho derecho puede ser incorporado en el estatuto. Sin embargo, en las sociedades anónimas abiertas este derecho no es válido. En caso este derecho haya sido incluido en el pacto social de la sociedad anónima abierta, estas serán inválidas aun cuando hayan sido notificados e inscritos en la sociedad, de acuerdo a lo establecido por el artículo 254° de la LGS.

C) Igualdad de trato entre los accionistas.

Todos los accionistas sin importar la cantidad o tipo de acciones que tengan dentro de una sociedad, tienen los mismos derechos y, por ende, deben ser tratados por igual. Nuestra actual y vigente LGS no hace distinción alguna entre los accionistas, sino entre las clases de acciones, lo cual es diferente, ya que, de acuerdo a la clase de acciones que una persona tenga podrá ejercer

determinados derechos. Sin embargo, esto no significa que los accionistas deban ser tratados de manera discriminada.

Esta igualdad de trato entre los accionistas se encuentra recogida en los Principios de Buen Gobierno Corporativo dados por la SMV que, si bien no son de obligatorio cumplimiento, deberían ser aplicados por todas las sociedades. Incluso los accionistas minoritarios y, los accionistas extranjeros deben ser tratados por igual y las sociedades deben obligarse a no vulnerar sus derechos. Si dentro de una sociedad, se dan actos de discriminación entre los accionistas, estas personas deberían ser sancionadas por la misma sociedad y los accionistas discriminados deberían ser resarcidos.

Los procesos y procedimientos de las Juntas Generales de Accionistas deben permitir el trato por igual de todos los accionistas. El hecho que haya un accionista con acciones sin derecho a voto no significa que en las Juntas de Accionistas este accionista no pueda emitir su opinión. No dejarlo intervenir en estas Juntas también debe ser considerado un acto discriminatorio.

No se pueden establecer tratos discriminatorios de ningún tipo para los accionistas. En el estatuto creemos que tampoco se puede establecer ningún tipo de procedimiento discriminatorio entre los accionistas para ejercer su derecho a obtener información de la sociedad, por ejemplo. De existir algún acuerdo de discriminación, creemos que este podrá ser considerado nulo de pleno derecho. La igualdad de trato entre los accionistas puede y debe ser usada en los tres tipos de sociedades anónimas.

D) Pacto de accionistas.

Los pactos de accionistas no se encuentran regulados de manera expresa en la LGS, pero, se encuentran enmarcados dentro de lo establecido por el artículo 8° de la misma ley, la cual establece que:

“Tienen plena validez ante la sociedad y obligatorios en todo lo que sea aplicable, los actos jurídicos contractuales entre socios o entre éstos y terceros, desde el hecho en que son comunicados de forma fehaciente.

Si se dejara entrever alguna incompatibilidad de las cláusulas de los referidos convenios y el pacto social, prevalecerá este último, sin perjuicio de la relación que pudiera establecer el convenio entre quienes lo celebraron.”

De acuerdo a lo establecido por el artículo bajo comentario, es indiscutible la validez que tienen los convenios entre socios o entre estos y terceros, frente a la sociedad, siempre y cuando le hubieran sido comunicados. Por lo demás, lo relevante de éste artículo, es que caso existiera contradicción, respecto del contenido de los citados convenios y el estatuto, prima éste último; quedando a salvo, la relación jurídica entre quienes celebraron el convenio antes mencionado.

El pacto entre accionistas es un acuerdo voluntario y consensual destinado a crear una relación obligacional respecto a la toma de determinados acuerdos trascendentales para la sociedad pero que los accionistas no desean incluirlos en el estatuto social. Generalmente, se utilizan entre accionistas que participan como socios de una sociedad que es la accionista de otra. Es decir, se discute según determinadas reglas para llegar a un acuerdo que será llevado a la tercera. Por ejemplo, A y B son accionistas de C. C es accionista de D. Para que C como accionista de D pueda tomar un acuerdo, previamente A y B de acuerdo al Pacto de accionistas toman la decisión que el representante de C llevará como posición ante D.

Los pactos de accionistas pueden contener muchas obligaciones, dependiendo del propósito del mismo. Sin embargo, un acuerdo típico de pacto de accionistas, suele incluir cuestiones tales, como quién puede ser accionista de la sociedad; quién puede ser director de la empresa; qué sucedería si uno de los accionistas muere o se convierte en incapaz o quiebra, renuncia, se retira o lo remueven; cuántas acciones hay en la sociedad; así como, a cuánto asciende la cartera de acciones; si la empresa se verá en la obligación de comprar las acciones de los accionistas que se van y; a cuánto deberán comprarse dichas acciones.

Todos los acuerdos de acciones son voluntarios y consensuales. Deben contener términos y condiciones razonables y; deben ser interpretados de acuerdo con lo que establecen los principios del derecho y la ley. Debe tenerse en cuenta, además, que dichos pactos no deben servir para engañar o estafar a alguien.

Existen pactos entre socios que pueden afectar a algunos socios de la sociedad y algunos otros que pueden incluir a todos los socios de una sociedad. Además, existen pactos de accionistas que son temporales, mientras que hay otros que son permanentes. Finalmente, aquellos convenios que resulten eficaces frente a la sociedad deberían inscribirse en el Registro para darles publicidad.

Los pactos de accionistas pueden ser usados en los tres tipos de sociedades anónimas, pero debe tenerse en cuenta que, en el caso de las sociedades anónimas abiertas, estos pactos no podrán contener acuerdos relacionados, por ejemplo, a restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones.

1.2.9 El papel de la Junta General de Accionistas en la Sociedad Anónima

A) La Junta General de Accionistas

La Junta General, es el órgano colegiado y supremo de la sociedad anónima. Está se constituye por quorum simple, en primera convocatoria, con la concurrencia de accionistas que representen, como mínimo, el cincuenta por ciento (50%) de acciones suscritas con derecho a voto; en segunda, con los que concurren y representen cualquier número de acciones. número de acciones. Por quorum calificado, se constituye, en primera convocatoria, para los casos contemplados en los incisos 2,3,4,5 y 7 del artículo 115° de la LGS, se exige como mínimo, los dos tercios de las acciones suscritas con derecho a voto y, en segunda convocatoria, la concurrencia de las tres quintas partes de las acciones suscritas con derecho a voto; incluso se puede constituir por los accionistas con acciones sin derecho a voto.

Como se podrá apreciar, en el párrafo precedente, para constituirse en Junta General los accionistas deben haber sido, debidamente convocados, haberse cumplido con el quórum correspondiente, a efectos de decidir por la mayoría que establece la ley, los asuntos propios de su competencia. Las decisiones adoptadas en esta Junta deben de ser cumplidas por todos, incluso por los disidentes y los que no hubieren participado en la reunión.

Así lo establece el artículo 111° de la LGS al señalar de modo expreso lo siguiente:

“Artículo 111° La Junta General de Accionistas es el órgano supremo de la sociedad. Los accionistas constituidos en Junta General debidamente convocada, y con el quórum correspondiente, deciden por la mayoría que establece esta ley los asuntos propios de su competencia. Todos los accionistas, incluso los disidentes y los que no hubieren participado en la reunión, están sometidos a los acuerdos adoptados por la junta general.”

De cuyo texto, debo anotar que, la Junta General, al momento de adoptar acuerdos a través, debe actuar con mucha responsabilidad, a fin de no realizar dicha junta general con un interés egoísta de los socios accionistas, inclinados por el beneficio de los capitalistas que, por lo general, controlan la sociedad anónima, por el contrario, actuará más bien, por un interés que trascienda al de los socios, que se incline por la conveniencia de la producción eficiente de la sociedad.

Otro hecho que debe tener en cuenta, es el lugar de celebración de la junta general, que deberá realizarse en el domicilio social, a no ser que, el estatuto señale que puede realizarse en otro lugar. El lugar de la celebración de la Junta debe necesariamente señalarse en la convocatoria para que no existan dudas sobre el lugar de celebración de la misma.

Ésta debe ser convocada por el Directorio o la administración de la sociedad cuando lo señale la ley, lo establezca el estatuto, lo acuerde el Directorio por resultar indispensable en aras del interés social, o por el requerimiento de socios accionistas, que signifiquen, como mínimo, el veinte por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto.

Asimismo, cabe indicar que, nuestra legislación de sociedades, prescribe la obligación de celebración de la Junta General de Accionistas, por lo menos anualmente, dentro de los tres meses posteriores a la culminación del ejercicio económico con la finalidad de aprobar o no la gestión social y los balances y estados financieros del ejercicio anterior expresados en los estados financieros del ejercicio anterior; determinar o no la distribución de utilidades y/o dividendos; elegir a los miembros del Directorio y sus dietas; tomar la decisión o encargar en el Directorio, el nombramiento de los auditores externos y; substanciar los otros temas que correspondan, de conformidad con el estatuto y, de otro tema agendado en la convocatoria.

B) Atribuciones de la Junta General de Accionistas

El artículo 115° de la LGS establece las otras atribuciones de la Junta, el mismo que señala lo siguiente:

“Artículo 115°. - Compete, asimismo, a la junta general:

1. Remover a los miembros del directorio y designar a sus reemplazantes;
2. Modificar el estatuto;
3. Aumentar o reducir el capital social;
4. Emitir obligaciones;
5. Acordar la enajenación, en un sólo acto, de activos cuyo valor contable exceda el cincuenta por ciento del capital de la sociedad;
6. Disponer investigaciones y auditorías especiales;
7. Acordar la transformación, fusión, escisión, reorganización y disolución de la sociedad, así como resolver sobre su liquidación; y,
8. Resolver en los casos en que la ley o el estatuto dispongan su intervención y en cualquier otro que requiera el interés social.”

La Junta General debe ser convocada mediante un aviso en un diario de circulación nacional el cual debe ser publicado con una anticipación no menor de diez días calendario, antes de la celebración de la misma. De conformidad con lo establecido por el artículo 116°, el aviso de convocatoria especifica el lugar, día y hora de celebración de la junta general, así como la respectiva agenda.

Asimismo, es factible señalar la hora, el día y el lugar de la celebración de la Junta en segunda convocatoria. La única excepción para no publicar el aviso de convocatoria a junta en un diario de circulación nacional es en los casos en que se encuentren presentes la totalidad de socios que equivalgan la totalidad de las acciones suscritas con derecho a voto y acepten por unanimidad la realización de la Junta, ésta es la denominada Junta Universal. En estas Juntas puede tratarse y tomarse acuerdos sobre cualquier asunto.

Toda la información debe estar a disposición de todos los accionistas desde la fecha de publicación del aviso para que todos tomen conocimiento y puedan ejercer todos sus derechos de manera oportuna. A la Junta General pueden ir y ejercer sus derechos los accionistas cuyas acciones con derecho a voto se encuentren previamente registradas a nombre de éstos en el libro matrícula de acciones (cuando menos dos días calendario al día de la celebración de la Junta General); así como los funcionarios, profesionales, directores, el Gerente General, y técnicos al servicio de la sociedad, cuando así se estime pertinente.

El artículo 122° de la LGS establece que todo accionista puede hacerse representar en las Juntas por otra persona, sin embargo, la norma estatutaria puede restringir esta prerrogativa, reservando la representación a favor de otro accionista, o de un director o gerente. Ésta representación, se efectuará formalmente y por escrito para todas y cada una de las Juntas que se vaya a celebrar, salvo que se haya creído conveniente otorgar poderes por testimonio de escritura pública. Estos poderes, para que tenga efectos legales, se registran ante la sociedad por lo menos veinticuatro (24) horas antes de la celebración de la Junta. La representación ante la Junta General es revocable, por ejemplo, en los casos en que el representado acuda personalmente a la Junta General.

Asimismo, el artículo 131° de la LGS establece, expresamente lo siguiente:

“A solicitud de accionistas que representen al menos el veinticinco por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto la junta general se aplazará por una sola vez, por no menos de tres ni más de cinco días y sin necesidad de nueva convocatoria para deliberar y votar los asuntos sobre los que no se consideren suficientemente informados.”

Este supuesto, sin importar el número de reuniones en que se divida esta junta, esta será considerada como una sola levantándose una única acta.

Para cada Junta de Accionistas debe efectuarse una lista de asistentes, con anterioridad a la instalación de la Junta General en donde conste si la persona que se encuentra en la Junta es el titular de la acción o su representante, las acciones representadas según sus clases y el número de acciones representadas y, su porcentaje respecto del total de las mismas.

Esto es muy importante, en la medida que, sirve para computar el quórum. Esto debe efectuarse necesariamente al inicio de la Junta, dado que, el artículo 124° de la LGS, establece que las acciones que ingresan a la Junta después de instalada, no se computan para establecer el quórum.

Gago, González, & De Lia (1980), consideran lo siguiente:

“no toda reunión de accionistas constituye una asamblea, debiendo entenderse que para que ella exista debe haber sido convocada conforme a ley y a los estatutos, para resolver las cuestiones previstas por éstos o los asuntos indicados en la agenda” (p. 176).

Una vez más, reiteramos que, para que una Junta quede válidamente constituida, es exigible, en primera convocatoria, que concurren socios que, signifiquen como mínimo el cincuenta por ciento (50%) de las acciones suscritas con derecho a voto. En segunda convocatoria, resulta irrelevante el número de acciones suscritas con derecho a voto que represente un determinado accionista. Esto es para los casos en que se requiera únicamente quórum simple, en que los acuerdos se aprueban con el voto favorable de la mayoría absoluta de las acciones suscritas con derecho a voto representadas en Junta.

Con la finalidad de que la Junta apruebe acuerdos relacionados a la reforma de estatutos; aumentos o reducciones de capital social; la transformación, reorganización emisión de obligaciones; acuerdos de la venta de activos en un solo acto, cuando el importe, según su contabilidad, supere el cincuenta por ciento del capital de la organización jurídica societaria; disolución y liquidación de ésta última, se requiere en primera convocatoria, accionistas que represente, como mínimo, dos tercios de las acciones suscritas con derecho a voto. Asimismo, en segunda convocatoria, deberán concurrir, una cantidad no menor a las tres quintas partes de las acciones suscritas con derecho a voto.

Lo antes señalado, puede generar un problema, porque si no se llega a ese quórum, los acuerdos de la sociedad sobre estos puntos pueden dilatarse innecesariamente, yendo en perjuicio de la propia sociedad, dado que, para poder adoptar estos acuerdos, es necesario que, el acuerdo se apruebe por una cantidad de accionistas que signifique, como mínimo, la mayoría absoluta de las acciones suscritas con derecho a voto.

La única excepción, sucede, cuando estos acuerdos deben hacerse en virtud de un mandato legal de obligatorio cumplimiento. En estos casos no se requiere el quórum ni la mayoría calificada mencionada anteriormente; es decir, en estos casos basta con un acuerdo de la Junta que cumpla con los requisitos generales de todas las asambleas.

La Junta debe ser presidida, salvo precepto distinto de la norma estatutaria, por el presidente del Directorio, en el sentido que, el Gerente General de la sociedad actúa como secretario. En los casos en que ninguna de las dos personas antes mencionadas se encuentre en la Junta o estén impedidos para hacerlo, ésta debe ser presidida por uno de los concurrentes que nombre la Junta general.

En los casos, que una sociedad ostente varios tipos de acciones y, su Junta General adopte acuerdos arbitrarios, que perjudiquen los derechos particulares de determinadas acciones, éstas deben ser aprobadas en juntas especiales de forma separada, con el propósito de tratarlos con socios accionistas de la clase afectada.

El derecho de voto puede suspenderse en los casos en que una persona, por propia cuenta o de tercero detente intereses en pugna con los de la sociedad. En estos casos, las acciones que no otorgan el derecho de voto, sólo son consideradas para el cómputo y quórum de las Juntas Generales; empero, no son computables para constituir las mayorías en las votaciones. En caso una persona ejerza su derecho al voto teniendo un interés bajo controversia con el de la sociedad y se llegue a acuerdo en la Junta, este acuerdo es impugnabile.

Los acuerdos adoptados en la Junta deben ser plasmados en un acta que señale un extracto de lo ocurrido en la sesión. Las actas deben consignarse en un libro de actas, en hojas sueltas o bajo cualquier otra modalidad, los cuales deben ser legalizados.

El contenido, la forma de aprobación y la validez de las actas se encuentra previsto en el artículo 135° de la LGS el cual establece:

“Artículo 135° En el acta de cada junta debe constar el lugar, fecha y hora en que se realizó; la indicación de si se celebra en primera, segunda o tercera convocatoria; el nombre de los accionistas presentes o de quienes los representan; el número y clase de acciones de las que son titulares; el nombre de quiénes actuaron como presidente y secretario; la indicación de las fechas y los periódicos en que se publicaron los avisos de la convocatoria; la forma y resultado de las votaciones y los acuerdos adoptados.”

Los presupuestos anteriormente invocados que aparezcan en la nómina de asistentes pueden ser omitidos si ésta constituye parte del acta. Los accionistas que asista o su representante y terceros amparados por el derecho a asistir a la Junta General, se encuentra con la suficiente potestad de pedir que se deje constancia en el acta de los votos que hayan emitido y, del sustento y criterio de sus intervenciones.

El acta antes citada que incorpora un extracto de las mencionadas intervenciones en el párrafo anterior, será incorporada por el secretario, en un plazo de cinco días, siguientes a la celebración de la junta general. Por lo demás, una vez aprobada el acta en junta, ésta estará debidamente suscrita, obligatoriamente por el presidente, secretario y un socio accionista elegido para este acto y; la constancia de aprobación.

Si no se aprueba el acta en junta, necesario nombrar, mínimo un par de accionistas para que el presidente y el secretario, conjuntamente, la verifiquen y, consiguientemente la aprueben. El plazo legal para su debida aprobación y suscripción, es de diez días calendarios siguientes a la realización de la junta, la misma y; quedará a disposición de los accionistas que concurrieron a junta o sus representantes, los mismos que podrán cursar carta notarial, dejando constancia de sus observaciones.

Tratándose de Juntas Generales Universales, es un deber, firmar el acta por todos los socios accionistas que hayan concurrido a éstas, a no ser que hubieran suscrito la lista de asistentes, en la que se encuentre el titular y el número de acciones y, demás puntos de agenda objeto de la convocatoria. En el caso concreto, sólo será suscrita por el presidente, por quien actuó como secretario y un accionista designado al efecto. La citada lista de asistentes, formará el componente esencial del acta.

Al respecto, debemos señalar que, de conformidad con el artículo 135° de nuestra LGS:

“cualquier accionista concurrente a la Junta General tiene derecho a firmar el acta y. que el acta tiene fuerza legal desde su aprobación”.

Excepcionalmente, ante la imposibilidad fáctica de asentar el acta en el libro, de todas formas, todos los accionistas concurrentes, suscribirán dicha acta, en un documento especial, el cual deberá adherirse o transferirse al libro o a las hojas sueltas, hasta contar con la disponibilidad del libro. Dicho libro, se entregará al Gerente General para que cumpla con los acuerdos y formalidades de ley en el plazo más breve posible.

Asimismo, nuestra LGS, señala que cualquier accionista, incluso los que no hubiesen concurrido a la Junta General, le asiste el derecho para obtener (a propio costo) copia certificada del acta o de la parte pertinente, que se indique. El plazo para que el accionista reciba el acta es de cinco días calendarios, computados a partir de la fecha de recepción de la petición. El Gerente General es el encargado de extenderla, bajo su responsabilidad, es decir, éste será responsable, si el accionista no recibe el acta a más tardar dentro de los cinco días de haberlo solicitado.

En caso no lo reciba, el accionista está en la potestad de acudir al Juez del domicilio de la sociedad por la vía de un proceso no contencioso con el propósito de hacer que la sociedad realice la exhibición del acta respectiva y, ordene además al especialista legal de la judicatura, expida y entregue al solicitante, la copia certificada pertinente. Todos los costos que se generen producto del incumplimiento de la entrega del acta deben ser asumidos por la sociedad, ya que, es quien realizó el incumplimiento.

El directorio o un grupo de accionistas que representen al menos el 20% de las acciones suscritas con derecho a voto, pueden solicitar al menos con cuarenta y ocho (48) horas antes de la realización de la Junta General, a fin de que ésta, se materialice ante de Notario Público para certificar la autenticidad de los acuerdos aprobados, por lo que el Gerente General se obliga a designar al Notario, y, en este caso, los solicitantes asumirán los gastos que correspondan.

El artículo 139° de la LGS, señala que existen acuerdos que pueden ser impugnables por la sociedad. Estos son:

“Artículos 139°. –

Los acuerdos de la Junta General cuyo contenido sea contrario a la ley.

Los acuerdos de la Junta General cuyo contenido se oponga al estatuto o al pacto social de la sociedad.

Los acuerdos de la Junta General que lesionen, en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad.

Los acuerdos que incurran en causal de anulabilidad prevista en la Ley o en el Código Civil.”

En busca de dar celeridad y efectividad a las impugnaciones, es improcedente la acción impugnatoria, si el acuerdo ha sido revocado, o reemplazado por otro, conforme a ley, al pacto social o al estatuto, por lo que, en estos casos, de haberse iniciado el proceso, el juez lo mandará concluir y archivar. La impugnación debe tramitarse como proceso abreviado, salvo los que se

amparen en falta de quorum o defectos de convocatoria, los que se tramitarán como proceso sumarísimo

Es importante mencionar que, los derechos adquiridos de buena fe por terceros, no pueden verse perjudicados. Además, la impugnación sólo puede ser interpuesta por quienes tengan legitimidad para obrar, es decir, por aquellos socios accionistas que en la Junta General hubiesen dejado constancia en acta su desacuerdo y oposición; asimismo, podrán hacerlo por los ausentes y, por quienes no hayan podido votar, por haber sido, arbitrariamente vedados de su derecho político.

También, los socios con acciones sin derecho a voto, pueden impugnar aquellos acuerdos que dañen o vulneren sus derechos especiales. Los accionistas que judicialmente impugnen algún acuerdo de la Junta General, mantendrá dicha circunstancia en toda la secuencia del proceso, situación jurídica que deberá anotarse en el libro matrícula de acciones. Cabe precisar que, la enajenación voluntaria de acciones de propiedad del accionista demandante, acarreará la culminación del proceso de impugnación, respecto de aquel.

Alcalá Diaz (1999), al respecto, comenta que, al igual como sucede en otros ordenamientos jurídicos, la previsión de un régimen específico de impugnación y, por tanto, la inaplicación de la normativa sobre nulidad de los actos o negocios jurídicos a la impugnación de acuerdos de la Junta General se fundan sobre la protección del tráfico y de la seguridad jurídica (p. 112).

El artículo 141° de la LGS, dispone que los accionistas que votaron a favor del acuerdo impugnado, participarán bajo su propio costo en el proceso para coadyuvar a la defensa de su validez, es decir, los accionistas que tienen una relación jurídica sustancial con la parte demandada, en el proceso de impugnación de la sociedad, pueden realizar actos procesales sin oponerse a

la parte que ayuda, siempre que puedan verse afectados desfavorablemente, si la sociedad es vencida en el proceso.

Para poder efectuar esto, se requiere haber votado necesariamente a favor del acuerdo cuya validez se impugna. La impugnación del acuerdo sólo puede efectuarse dentro del período bimestral siguiente a la fecha de aprobación de acuerdos, si el accionista asistió a la Junta; dentro del período trimestral siguiente, después de adoptado el acuerdo, si el accionista no asistió a la Junta y, dentro del mes siguiente después de la inscripción.

Al tratarse de un proceso judicial, pueden dictarse medidas cautelares de suspensión del acuerdo impugnado, siempre que lo soliciten accionistas que equivalgan más del veinte por ciento (20%) del capital suscrito. Debe tenerse en cuenta que la medida cautelar se solicita para preservar el cumplimiento de una decisión definitiva, en aquellos casos, en que el por el tiempo de la demora, pueda suceder que no se llegue a esto. Dado que la medida cautelar puede generar daños en la sociedad debido a la suspensión del acuerdo, máxime cuando la norma faculta a los jueces disponer que los solicitantes presten contracautela.

Por otro lado, fundada la impugnación, surte sus efectos ante la sociedad y todos los socios accionistas; sin embargo, este hecho, no perjudicará los derechos adquiridos por terceros de buena fe. Al tratarse de la nulidad de un acuerdo, significa que éste último, nunca produjo efectos jurídicos para la sociedad o los accionistas, salvo para los terceros que actuaron de buena fe. La sentencia firme que declare la nulidad de un acuerdo inscrito, se registrará en el Registro con la finalidad de dar una adecuada publicidad a la sentencia.

En los supuestos de hecho, que la impugnación se hubiere interpuesto, haciendo uso de mala fe o sin sustento, el juez estará facultado para imponerle al demandante, en aprovechamiento de la organización societaria afectada, una sanción pecuniaria (penalidad) que será graduada conforme a la

complejidad del hecho, así como el resarcimiento indemnizatorio por daños y perjuicios.

A mayor abundamiento, señalamos que es válida la acción de nulidad para dejar sin efecto los acuerdos aprobados mediante junta general, incompatibles con las normas, o que cometan determinado ilícito sancionable con nulidad, contempladas en la LGS

o en el Código Civil. Esta acción puede ser planteada por la persona que cuente con interés legítimo y se sustanciará vía proceso de conocimiento. Precizando además, que, el plazo de caducidad de dicha acción es de un año, computado desde la aprobación del acuerdo pertinente.

Finalmente, el Juez no puede admitir a trámite, bajo responsabilidad, cualquier impugnación o bajo otra modalidad, a efectos de deliberar la validez de los acuerdos de una Junta General o consecuencias jurídicas, cuyo desarrollo sea lesivo a la LGS, contradiga o lesiona el estatuto, en provecho directo o indirecto de uno o algunos accionistas, los intereses de la sociedad.

Al respecto podemos mencionar la Resolución Casatoria: CAS. N° 3784-2001-LIMA, sobre disolución de sociedad, que Hundskopf Exebio (2009) aprovecha para realizar un análisis y crítica jurisprudencial en relación a la impugnación de acuerdos, en el que manifiesta lo siguiente:

Aun cuando este derecho no aparece de manera expresa en la relación de derecho mínimos de todo titular de acciones con derecho a voto previsto en el artículo 95 de la LGS, ello quiere decir que no sea un derecho fundamental de todo accionista, más aún cuando el artículo 139 de la LGS identifica puntualmente los acuerdos de juntas de accionistas susceptibles de impugnación, reconociendo y precisando en su artículo 140 que son los accionistas quienes, en determinadas circunstancias, pueden impugnar los acuerdos de la junta general de accionistas (p. 490).

1.2.10 Derecho Comparado

A) Argentina

Para el Derecho Societario Argentino, señala Biaggini & Boll (2001), lo siguiente;

“[...] el otorgamiento de derechos protectorios (así denominados en este país) no implica asumir el control en común o en conjunto el derecho de veto o de bloqueo sobre decisiones sociales vinculadas con el programa de actividades o el presupuesto anual de una empresa, por lo que habría que analizar en cada caso, si el otorgamiento a favor del accionista minoritario de derechos de veto o de bloqueo, exceden de la mera protección de los intereses financieros del socio inversionista, y por ende, si son aptos para influir y/o determinar la estrategia competitiva de la misma (p.19).

Por otro lado, cabe subrayar que los citados autores argentinos, han realizado un boceto, sobre la toma de control de una o varias empresas por medio de actos taxativos de su propia ley, denominada Ley Nacional 25.156 de Defensa de la Competencia, que se refiere:

A supuestos legales que comprenden relaciones de control de hecho y de derecho, interno y externo, y directo e indirecto, de acuerdo con el clásico *distingo* efectuado por la escuela societaria francesa, ésta última que define a los actos de concentración económica como todos aquellos que supongan la toma de control por medio de cualquier otro acuerdo que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de una empresa o le otorgue influencia

determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de la empresa.

Al respecto, haciendo una síntesis, los autores argentinos antes citados, comentan:

“Sobre la importancia que ha tenido la Comisión de Defensa de la Competencia del referido país argentino, organismo que ha establecido diversos precedentes en los cuales observa que, no corresponde atenerse a los criterios de su ley 19.550 (Ley General Sociedades Argentina), sino más bien en el segundo párrafo de la ley 21.156 (que creó el Tribunal de Defensa de la Competencia) que recepta el Principio de Realidad Económica, el cual se erige como piedra angular del ordenamiento antimonopólico argentino (p. 20).

En cuanto al control exclusivo, se da a entender que, este se obtiene, bajo el supuesto de que una sociedad abarca a la mayoría del capital social y, consecuentemente los derechos de voto de una organización societaria. En caso, no se cuente con otros instrumentos, una adquisición que no incida en el mayor número de derechos de voto, por lo general no otorga el manejo, así esto signifique la adquisición de una mayoritaria participación. Por otro lado, contrario sensu, es posible adquirir el control único, comenzando por una “minoría calificada”, hecho que puede determinarse fáctica y jurídicamente.

Por lo demás, debemos entender por control exclusivo y su efecto real, cuando se cuente con derechos inmanentes a la participación minoritaria, siendo que estos derechos consistan en acciones preferentes que otorguen los mayores derechos de voto u otros que permitan al minoritario tomar la decisión sobre el mecanismo competitivo de la organización societaria perjudicada (Vgr.: Que los accionistas minoritarios puedan elegir a más del cincuenta por ciento de

miembros del Directorio de una Sociedad Anónima). Otro tema novedoso es que, un accionista minoritario o un grupo de accionistas minoritarios, puedan también ejercer el control exclusivo de hecho (Vgr.: Cuando existe la probabilidad de que el accionista obtenga la mayoría en la Asamblea de accionistas, ya que las restantes acciones están muy repartidas).

Desde otra óptica, comenta la doctora en derecho, Bello Knoll (2012), refiriéndose al término lingüístico “minoría” que, después de analizar este término, llega a la siguiente conclusión:

“Que la minoría, está vinculado al otorgamiento de votos contra la mayoría; pareciéndole que, cuando estos votos no son en contra de la mayoría pasan a ser la mayoría o la totalidad de los votos. Por lo que la minoría debiera ser tal, sólo cuando su voto está en contra de la mayoría. Siendo que las minorías en las sociedades sólo debieran ser circunstanciales, puesto que en la práctica de las sociedades argentinas la institución de una minoría, según la definición de fracción de un cuerpo deliberante, vota ordinaria y sistemáticamente contra la mayoría (párr.1).

Menciona, además, en relación a la comprobación e identificación legal de las minorías, la ley de sociedades comerciales de Argentina, no toma en cuenta minorías algunas, más bien por determinadas razones, señala porcentajes mínimos de acciones, determinando y amparando derechos en orden de lo mismo, por lo que podemos colegir en esos casos, que hay una definición favorable de la minoría en la que cada uno de ellos tiene su fundamento de su existencia dentro de un escenario de la dinámica de la sociedad anónima; comentando algunos articulados de la ley de sociedades comerciales argentina, relacionado con la protección del accionista minoritario:

a) En el segundo párrafo del artículo 107° de la referida ley, referido a la liquidación, se reconoce al menos al 10% del capital social, es decir a los accionistas que representen la décima parte de dicho capital en las sociedades por acciones y; a cualquier accionista en las demás modalidades societarias le

corresponderá solicitar la distribución parcial del referido capital social. Aquí el minoritario tiene la posibilidad de exigir que la misma se realice, en caso no exista oposición alguna de una mayoría, debiendo resolver el liquidador, caso contrario lo ejecuta el juez, puesto que el derecho existe, debiendo ser ejecutado obligatoriamente.

b) En el artículo 236°, de la misma ley argentina, en atención a la convocatoria, las Asambleas en general, éstas serían convocadas por el órgano colegiado administrador, bajo la advertencia, de ser realizada por el síndico o los socios que equivalgan como mínimo el 5% del capital social.

En caso, el directorio o el síndico omita realizar la convocatoria, ésta se materializará por el contralor o vía judicial. Así lo señala el citado artículo, que expresamente dice:

“Artículo 236°. -Las asambleas ordinarias y extraordinarias, será convocadas por el directorio o el síndico en los casos previstos por la ley, o cuando cualquiera de ellos lo juzgue necesario o cuando sean requeridos por accionistas que representen por lo menos el cinco por ciento (5%) del capital, si nos estatutos no fijaren una representación menor. En este último supuesto, la petición indicará los temas a tratar y el directorio o el síndico convocará la asamblea para que se celebre en el plazo máximo de cuarenta días de recibida la solicitud. Si el directorio o el síndico omite hacerlo, la convocatoria podrá hacerse por la autoridad de contralor o judicialmente.” (p.2)

Según la citada estudiosa, señala que, quizá éste es uno de los derechos más ejercitados por las minorías accionarias, al verse éstas imposibilitadas de participar en el órgano deliberativo, afirmando que la minoría ejerce en absoluto el derecho con la finalidad de que se convoque al órgano deliberativo por mandato de la ley o porque lo señala el estatuto.

Por lo demás, en Argentina, para concurrir a la Asamblea, existe una manera de acreditar la calidad de socio accionista que se materializa a través de un certificado de depósito o constancia de acciones escriturales, emitidas por un Banco o Caja de Valores, de conformidad con el art. 238 LSC). Los asistentes suscribirán el libro correspondiente, haciendo constar la asistencia, sus generales de ley y, el número de votos que le pertenezca.

c) En el artículo 275, de la misma ley argentina, en relación con la extinción de la responsabilidad de los administradores, el citado jurisconsulto, subraya que su ley de sociedades comerciales, reconoce un mecanismo de derecho a veto al 5% del capital social y que, se configura como una de las herramientas más eficaces que otorga la ley, en relación al derecho de una minoría. Concluyendo en este punto que, la liberación de la responsabilidad de los administradores, se produce por la concurrencia de dos presupuestos esenciales:

“La aprobación de la gestión por la mayoría;
Que no medie oposición del cinco por ciento del capital por lo menos.
La oposición de la minoría no estriba en la abstención o la ausencia, ésta deberá ser formal. La mayoría no podrá impedir al accionista que se hubiere opuesto para que personalmente inicie la acción de responsabilidad.”

d) En su artículo 294, Inciso 6, de la misma ley argentina, en cuanto a las atribuciones y deberes del síndico: según la mencionada especialista en derecho societario argentino, su ley societaria y comercial, reconoce el derecho como mínimo del dos por ciento (2%) del capital social a solicitar información en relación a temas que son de su incumbencia y, el deber del síndico a suministrársela.

El referido jurisconsulto, efectúa una crítica, en el sentido que, pareciera que, en este punto, se limita la prerrogativa de la petición de informes a la sindicatura y que imposibilita a un porcentaje inferior al dos por ciento (2%) de tener conocimiento sobre el rumbo de la organización societaria y de los socios accionistas.

En este punto coincido con la mencionada estudiosa, en el sentido que, que los accionistas que signifiquen una cantidad mucho más baja del citado porcentaje en una sociedad anónima que cuenta con sindicato, serán unos parásitos auténticos restringidos en el derecho de información. Se indica además que, sólo en una sociedad anónima que haya prescindido del síndico, quedaría la administración individual de los socios, según el artículo 55° de la citada ley argentina; en este caso, podrá obtener información directamente de los accionistas controladores.

En el plano real, el ejercicio de este derecho, podría convertirse en un imposible. Por ende, la negativa sistemática de brindar la oportuna y veraz información a las minorías en las sociedades anónimas argentinas, son el origen en su mayoría de los procesos judiciales.

Respecto del artículo 301° inciso 1, de la legislación societaria argentina, referido a la fiscalización estatal, la investigadora Bello Knoll (2012), señala:

“La autoridad de contralor podrá ejercer funciones de vigilancia en las sociedades anónimas no incluidas en el artículo 299° de la ley de sociedades Argentina del mismo cuerpo normativo, cuando lo soliciten accionistas que representen el diez por ciento del capital suscrito o le requiera cualquier síndico. En este caso se limitará a los hechos que funden la representación. Este derecho es poco utilizado, por mayormente el problema de las mayorías y las minorías se dan en sociedades cerradas donde no hay demasiada cantidad de socios.” (p.3).

Como señala Montoya Alberti (2005), Que La Ley de Sociedades Comerciales de Argentina, Ley Nº 19.550, prescribe lo siguiente:

“Considera en su artículo 263º que los accionistas tienen el derecho a elegir hasta un tercio de vacantes a llenar en el directorio mediante el sistema del voto acumulativo” (p.24).

B. Colombia

Mora Sarriá & Elías Muñoz (2002), mencionan lo siguiente:

“Que, el inicio del problema, relacionado con los accionistas minoritarios y su protección jurídica en la sociedad anónima, comienza cuando la sociedad anónima desea obtener financiamiento para sus actividades, aumentando su capital, siendo que para obtener tal propósito recurre a la oferta pública de acciones al mercado de valores (nuevas emisiones, de segunda o bonos convertibles, etc.), para tal efecto acude al mercado de capitales directamente, mediante este evento de la oferta de acciones, ingresan entes extraños a la sociedad” (p. 6).

Al respecto, debo indicar que, no coincido en forma absoluta con esta posición, en la medida que, todo comience con este acontecimiento; sin embargo, debo reconocer que, el ingresos de nuevas socios accionistas a la sociedad, en su mayoría, entes extraños, significa desde ya, una probabilidad de conflicto de intereses, en la medida que, quienes detentan el poder son quien las ofrecen y, quienes las adquieren no son vistos como socios, puesto que, el único objetivo es lograr financiación y, más no la buena voluntad de ceder o enajenar el control.

Excepcionalmente, en las empresas muy pequeñas, puede ocurrir lo contrario, que al colocar nuevas acciones, los adquirentes llegarían a ostentar la administración de la sociedad, en la medida que, se va haciendo notoria la confirmación de dos grupos de accionistas, aquellos que tienen el poder de la administración de la sociedad y, otros que no lo tienen, y por lo tanto no intervienen en la vida política de la misma.

Es importante mencionar, en virtud de los argumentos vertidos por los investigadores colombianos antes citados, cuando manifiestan que, no se puede mencionar que la presencia de minorías y mayorías, suele ocurrir en las organizaciones societarias anónimas de gran envergadura, puesto que, las citadas mayorías y minorías accionarias tienen presencia en sociedades de escaso capital y escueto número de socios, donde realmente podemos encontrar desavenencias que se resolverían a favor de aquellos titulares de mayor cantidad de acciones.

Por lo demás, en relación a la problemática, si bien es cierto que la doctrina colombiana, advierte que, existen cuerpos normativos o normas dispersas tendientes a salvaguardar sus derechos, sin embargo, se han ido proponiendo disputas sobre la necesidad o no de fijar procedimientos distintos, previstos por sus normas actuales para la protección de los minoritarios. Al respecto, existe un sector de la doctrina que señala que es innecesario creación de especialidades, en la medida que se fomentaría el establecimiento de preferencias, eludiendo así, lo que se denomina como la “tiranía de las minorías”.

Por otro lado, señalan los estudiosos Mora Sarriá & Elías Muñoz (2002), en relación a la convocatoria y quórum de la asamblea general de accionistas,

“[...] es la encargada de designar quienes ocuparan los órganos de la administración de la sociedad. En el caso de las sociedades anónimas, la junta directiva, se elige por el sistema del cociente electoral, de acuerdo al artículo 436° del código de comercio colombiano y, ésta a su vez designará al representante legal. Sin embargo, este último podrá ser nombrado por la asamblea, en caso que así lo dispongan los estatutos.

En cuanto a los quóruns establecidos en el artículo 68 de la ley comercial colombiana, Ley 222 de 1995, se determina con la asistencia a la reunión de un número plural de socios que represente por lo menos, la mitad más uno de las acciones suscritas, pudiéndose pactar en los estatutos un quórum inferior, en el hecho de estar inscrita en bolsa, y se decidirá con la mayoría de los votos presentes. En el caso de las sociedades que no tengan las acciones inscritas en Bolsa, menciona el artículo citado que podrá pactarse en los estatutos un quórum diferente o mayorías superiores y, la decisión se tomará en la misma forma anterior, caso que en principio podría generar beneficios para los minoritarios, al tenerse más en cuenta su poder de votación.

El problema radica en que, los estatutos son creados por los fundadores, a la postre los mayoritarios, quienes no estipularán una cláusula en ese sentido, con el fin de no desprenderse del control, más aún cuando tienen la posibilidad legal que su ley facilita, de pactar un quórum inferior con el fin de poder deliberar en las asambleas y, de esta forma reducir la participación de los pequeños inversionistas en las deliberaciones y decisiones, puesto que al requerir un número inferior de socios, la asamblea podrá deliberar y decidir su presencia de los minoritarios, acentuando más el poder de las mayorías en la sociedad.” (pp.15-16).

Como se podrá apreciar que, la materia en cuestión sobre el minoritario se encuentra supeditada a los órganos colegiados de la organización societaria, puesto que, éstos últimos son los controladores y/o administradores de políticas contraproducentes al común interés de los accionistas, sin negar, otros contextos y/o circunstancias de desproporción para los minoritarios Vgr.: el pago de dividendos con acciones de la misma sociedad; la denegación del reparto de utilidades, la reforma o modificación del objeto social o la realización de asambleas sin observar las exigencias de ley, entre otras.

Respecto a los derechos, la legislación es clara y manifiesta en congregarlos en el dispositivo legal Art. 379° de la regulación mercantil, el mismo que precisa que, cada acción otorgará a cada socio accionista, los subsecuentes derechos:

“Participar en las deliberaciones de la asamblea general de accionistas y votar en ellas.
Participar de las utilidades en proporción a su aporte, con sujeción a lo dispuesto en la ley.
Negociar libremente sus acciones, salvo pacto de preferencia a favor de la sociedad, de los otros accionistas o de ambos.
Inspeccionar los libros contables y papeles sociales, con quince días de antelación a las reuniones de la asamblea, donde se examinen los balances de fin de ejercicio.
Participar en la liquidación del activo social, en proporción a su aporte y una vez pagado el pasivo externo.”

Los mencionados derechos, ordinariamente, atañen al socio accionista, sin importar su grado de participación en el accionariado de la organización societaria, subrayando la existencia de otros puntuales derechos, encauzados a salvaguardar al accionista, Vgr. de acudir ante las autoridades; el de separación, que se analizarán en el capítulo siguiente.

Es importante traer a colación, las palabras del tratadista Ripert (como se citó en Mora Sarriá & Elías Muñoz, 2002) que expresamente dice:

“El accionista se halla sometido a la ley de la mayoría que impera en las sociedades por acciones. Contribuye con su voto a la formación de la mayoría, pero, así esté ausente o disienta, la decisión será tomada contra su voluntad. Los estatutos de la sociedad hacen recordar casi siempre este principio, lo que es inútil, pues existe implícitamente en virtud de la propia constitución de las sociedades anónimas. La decisión de la mayoría no es sin embargo soberana. No puede excluirlo de la sociedad, privarle de sus dividendos o de su derecho de voto. Existen, pues, derechos individuales que pertenecen a los accionistas. Algunos de ellos son determinados por la ley; otros han sido afirmados por la jurisprudencia a raíz de los recursos de los accionistas perjudicados.” (p.40).

C. Chile

Respecto al derecho de representación de las minorías en el Directorio, el artículo 66° de la Ley sobre sociedades chilena, aduce que los socios podrán acumular sus votos favoreciendo a un candidato, o a favor de varias personas que así lo consideren, consiguiendo así, la elección de quien obtenga un mayor número de votos, hasta integrar la cifra de cargos correspondientes.

En Chile, respecto de las juntas generales, solamente podrán participar en éstas y ejercer sus derechos de voz y voto, los accionistas que tenga inscritas sus acciones en el Registro correspondiente, en un plazo de cinco días previos al día de celebrarse la respectiva junta.

En cuanto al derecho de percibir utilidades, el artículo 83° de la Ley de Sociedades chilena, contempla literalmente lo siguiente:

“Que la copia certificada del acta de la junta de acuerdo o del acuerdo de directorio, o la parte pertinente de la misma, en que se haya acordado el pago de dividendo, constituirán título ejecutivo en contra de la sociedad para demandar el pago de esos dividendos, sin perjuicio de las demás acciones y sanciones judiciales o administrativas.”

D. Nicaragua

Palacios F. (2012), respecto de los derechos de los accionistas minoritarios, refiere a una lista numerus clausus, que convendría como mínimo contemplar, de la siguiente manera:

“Al menos, el 1% del capital social para solicitar a los administradores la designación de un notario que asista a Junta General para levantar el acta.

Todo accionista con derecho de información y acceso a conocer de los balances y estados de resultados financieros de la sociedad.

Un 5% del capital social para requerir convocatoria de junta General y solicitar auditoría de las cuentas de la sociedad.

Todo accionista con hasta un 5% del capital social para impugnar acuerdos de junta directiva con hasta un año de prescripción.

Al menos hasta un 20% del capital social para solicitar la intervención del Gobierno para asegurar la continuidad de la sociedad, cuando esté amenazada de disolución.

Para todo accionista derecho de información a libros, balance, proceso de liquidación y toma de decisiones.

Para todo accionista derecho de separación cuando las modificaciones societarias, reformas al pacto social, aumentos o disminuciones de capital le afectasen.”
(p.72).

Asimismo, Palacios F. (2012), menciona, en cuanto los mecanismos de protección a considerar para una reforma, como mínimo, los siguientes:

“Derecho de impugnación en juicio ordinario cuando las resoluciones fueren contrarias a la ley o al pacto social.

Acción de responsabilidad contra los administradores por parte de cualquier accionista, debido a actuaciones abusivas de los mismos.

Acción de indemnización por parte de cualquier accionista que considere lesionado sus derechos directamente por parte de los administradores.

Denuncia de irregularidades por parte de cualquier accionista ante los auditores o comisarios contra la administración por actos irregulares.

Para todo accionista derecho de impugnación contra toda resolución de junta general en los actos de socios, gerentes o administradores que perjudiquen su interés, debidamente fundamentados so pena de ser demandado por daños y perjuicios en caso de no probar su demanda.” (p. 73).

En relación a la reforma que señala el citado investigador, debo rescatar algo importante a tener en cuenta, al momento de realizar una reforma legislativa, respecto a los derechos de las minorías accionarias, en el sentido que ésta reforma no debe ser rotunda, toda vez que, el objetivo es detener el uso terminante del principio de mayoría, en la medida que, si la reforma apuntaría a modificar todas las acciones que realicen la mayoría, por el solo hecho de haberse realizado por iniciativa de los mayoritarios, sería un fracaso. Por esta razón, entre otras, no se puede propiciar que los derechos de los accionistas minoritarios se transformen en una herramienta legal que obstaculice, restrinja o vaya en desmedro del desarrollo del objeto de la sociedad y, de sus fines que significan beneficios para todos los accionistas.

Máxime cuando, existe el derecho de impugnación, que se encuentra recogido, en todas las legislaciones, que es el derecho que tiene todo socio a impugnar los acuerdos societarios procedente de las juntas generales, tal como lo señala Robleto.

C. (2012), que, en síntesis, menciona lo siguiente:

[...] “el derecho de protesta” como lo denomina la legislación nicaragüense, se presenta cuando la Junta General de Accionistas, se extralimita y/o sobrepasa los mandatos legales o estatutarios, máxime cuando el derecho de impugnación es uno de los derechos tradicionales, estrechamente vinculados y/o enlazados con los derechos de la minoría accionarial”, más aún, cuando los acuerdos se aprueban por mayoría, entonces los socios que tienen mayor capital accionarial, utilizan este poder, bien contra las reglas del juego pactadas entre todos los socios y los estatutos, o bien incurriendo en abusos de los intereses propios o de terceros en perjuicio de la sociedad.”(p.6)

E. Costa Rica

Palacios F. (2012), señala expresamente en relación a los derechos de minorías:

“En la legislación costarricense, todavía no se ha incorporado un concepto específico del derecho del socio minoritario, encontrándose su legislación un poco desfasada al respecto. No obstante, contiene en su Código de Comercio algunas disposiciones que protegen los derechos de minorías sin reflejarlo expresamente “(p. 48).

El derecho de separación:

El citado investigador, al respecto, indica lo siguiente:

“Por lo que atañe al derecho de separación, contemplado desde el momento de su constitución social, en caso de que se pretendan modificaciones contrarias al derecho de los socios nos refiere el artículo 116° del Código del Comercio: La asamblea general constitutiva conocerá de los siguientes asuntos: a) Aprobación del proyecto de escritura constitutiva, de acuerdo con el programa. En caso de que sea modificado, los suscriptores disidentes podrán retirar sus aportes.”(p.48).

Nulidad de determinados acuerdos

En este ítem, el citado estudioso, menciona lo siguiente:

“También podemos afirmar que se puede pedir la nulidad de determinados acuerdos, así como ejercer el derecho a la información de las cuentas de la sociedad, para que los socios puedan conocer las mismas y tener mayor seguridad sobre el estado de su participación social, aunque las disposiciones del caso dejan abierta a una interpretación más amplia la interpretación de determinados derechos. El artículo 118° del Código del

Comercio, que expresamente dice: Será nulo cualquier pacto en que los fundadores estipulen a su favor, en el acto de la constitución de la sociedad o posteriormente, beneficios que menoscaben el capital social. Por su parte, el artículo 141° del Código del Comercio señala: Todo socio tiene derecho a pedir que la asamblea general se reúna para la aprobación del balance anual y delibere sobre la distribución de las utilidades que resultaren del mismo” (p.48).

Exigencia de Realización de Convocatoria de Asamblea General

Palacios F. (2012), señala, respecto lo siguiente:

[Observamos que el porcentaje requerido en esta legislación para la convocatoria es menor, ya que hasta el veinticinco por ciento (25%) de los accionistas como mínimo, pueden solicitar dicha convocatoria. El artículo 159° del Código del Comercio nos expresa: “El accionista o accionistas que representen por lo menos el veinticinco por ciento del capital social podrán pedir por escrito a los administradores en cualquier tiempo, la convocatoria de una asamblea de accionistas, para tratar de los asuntos que indiquen en su petición”.] (p. 49).

Las Semejanzas y diferencias entre la legislación costarricense y la nicaragüense, referidas por Palacios F. (2012):

“Al igual que la legislación nicaragüense la costarricense se acoge al principio de mayoría simple, más de la mitad de los accionistas con derecho a voto. Al efecto en su Código el artículo 169° prescribe:

Para que una asamblea ordinaria se considere legalmente reunida en primera convocatoria, deberá estar representada en ella, por lo menos la mitad de las acciones con derecho a voto, y las resoluciones sólo serán válidas cuando se tomen por más de la mitad de los votos presentes” (p. 49).

Asimismo, se prevé que será necesario las tres cuartas partes de las acciones con derecho a voto, a no ser, que se evidencie una mayoría más elevada en el pacto social, de forma distinta, lo prevé la normatividad de Nicaragua, la misma que prescribe la facultad de contemplar en los estatutos, el supuesto de hecho, sobre la exigencia de una mayoría menos elevada, a fin de aprobar acuerdos en asamblea general en temas específicos, enunciados en el párrafo precedente.

En lo concerniente, el artículo 170° del Código del Comercio de Nicaragua, establece:

“Salvo que en la escritura social se fije una mayoría más elevada, en las asambleas extraordinarias deberán estar representadas, para que se consideren legalmente reunidas en primera convocatoria, por lo menos las tres cuartas partes de las acciones con derecho a voto; y las resoluciones se tomarán válidamente por el voto de las que representen más de la mitad de la totalidad de ellas” (p. 50).

Derecho a la Información:

Acota Palacios F. (2012), expresa lo siguiente:

Sobre el derecho de información de los socios, peticiones, solicitud de informes o demás aclaraciones sobre la asamblea extraordinaria la legislación costarricense establece una disposición que podríamos considerar abusiva del derecho de minorías, ya que exige para pedir este derecho a la información que sea mayor del veinte por ciento del capital social. Sin embargo, el mismo al final deja abierta que esta posibilidad sea menor siempre que sea pactada por vía de estatutos de la sociedad. El artículo 173° del Código de Comercio de Costa Rica cita: 'Los accionistas podrán solicitar, durante la celebración de la asamblea, todos los informes y aclaraciones que estimen necesarios acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día. Los administradores estarán obligados a proporcionárselos, salvo en los casos en que, a juicio del presidente, la publicidad de los datos solicitados perjudique los intereses sociales. Esta excepción no procederá cuando la solicitud provenga de accionistas que representen, por lo menos, el veinte por ciento (20%) del capital social o el porcentaje menor fijado en los estatutos' (p. 50).

Bajo este contexto, podemos notar que, de conformidad con el Código de Comercio de Costa Rica (1964), que el mencionado investigador, efectúa derecho comparado con la legislación nicaragüense, encontrando una igualdad de trato, respecto al recogimiento de algunos derechos que salvaguardan a las minorías accionarias en relación a las acciones abusivas materializadas por las mayorías tales como: el derecho de separación; nulidad de actos ilícitos para provecho personal o de terceros; el derecho a solicitar y a recibir información veraz y oportuna sobre los estados financieros.

Asimismo, se ha encontrado en ambas legislaciones, determinadas semejanzas en algunos tópicos, en exclusivo, al derecho de convocatoria y acción de nulidad relacionadas con disposiciones arbitrarias; entre otras, como el principio de mayoría sobre minoría, con el objetivo de hacer más tolerante la ejecución de algunos derechos de minorías, mediante la regulación estatutaria; máxime cuando no observa el concepto de socio minoritario.

F. Guatemala

Palacios F. (2012), efectúa un derecho comparado con el caso de Nicaragua, en la que encuentra, algunas diferencias, subrayando que, en el caso de Guatemala, su legislación es más amplia que las leyes de Nicaragua, en específico, en la normativización de los derechos de los minoritarios, de conformidad con el Código de Comercio Guatemala (1970), el mismo que indica que para convocar a Asambleas generales de Accionistas, demanda como mínimo el veinticinco por ciento (25%) de acciones, y el cincuenta (50%) para el quorum de la Asamblea y, poder tomar los acuerdos más relevantes de la sociedad anónima. Encontrando, por otro lado, semejanzas con la legislación nicaragüense, tomando ambas, siempre como sustento, el principio mayoritario democrático de más del 50% de las acciones para la aprobación de acuerdos, considerando la salvedad y/o excepción, que se exige para el caso de las Asambleas Extraordinarias en las que se requiere hasta un 60%.

Lo antes mencionado, se puede apreciar, en el artículo 149° de la legislación nicaragüense, citado por el referido autor, que a la literalmente expresa lo siguiente:

Artículo 149. Quórum y Mayoría en asambleas extraordinarias. Salvo que en la escritura social se fije una mayoría más elevada, en las asambleas extraordinarias deberán estar representadas para que se consideren legalmente reunidas, un mínimo del sesenta por ciento (60%) de las acciones que tengan derecho a voto. Las resoluciones se tomarán con más del cincuenta por ciento (50%) de las acciones con derecho a voto, emitidas por la sociedad (p. 65).

Creo necesario, subrayar que, el referido investigador, ha señalado que, el Código de Comercio de Guatemala antes citado, ha recogido dentro de su contenido, recursos de protección al accionista en general, esto supone que comprende de modo implícito a los minoritarios.

Por otro lado, es importante, señalar expresamente, según el mencionado autor, los recursos que podrían ser materializados por la vía judicial, en los siguientes casos:

“Derecho de impugnación en juicio ordinario cuando las resoluciones fueren contrarias a la ley o al pacto social.

Acción de responsabilidad contra los administradores por parte de cualquier accionista, debido a actuaciones abusivas de los mismos.

Acción de indemnización por parte de cualquier accionista que considere lesionado sus derechos directamente por parte de los administradores.

Denuncia de irregularidades por parte de cualquier accionista ante los auditores o comisarios contra la administración por actos irregulares.” (p.66)

El referido autor, indica que, para materializar la acción de responsabilidad, de conformidad con el artículo 175°, es indispensable un porcentaje mínimo de socios que equivalgan como mínimo el 10% del capital, derecho que significa una minoría y; que existen diligencias, como el derecho de impugnar, etc., materializadas por un accionista, indistintamente de quien se trate (mayoritarios o minoritarios), que se perjudique por arbitrarias decisiones de la Junta General de socios.

G. España

De lo comentado por Palacios F. (2012), en resumen, se establece lo siguiente:

“Que, en la legislación española (Ley de sociedades de capital vigente y el Marco del derecho comunitario de la sociedad Europea) existe disposiciones en interés y a favor de las minorías accionarias. Refiriendo además que, en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital de España, actualmente vigente, no utiliza comúnmente el concepto de accionistas minoritarios, recurriendo al concepto de minorías de forma excepcional; pero sí, es utilizado comúnmente por los tribunales de justicia y en la jurisprudencia mercantil español. Asimismo, el autor antes mencionado, prescribe que, el artículo 74° del dispositivo legal indicado líneas arriba, precisa que, para ejercer con legitimación la acción de responsabilidad contra la administración, es necesario que el socio que impugna, haya votado en contra del acuerdo y, que además, represente cuando menos el 5% del capital social, no pudiendo ser menor el porcentaje de representación, toda vez que, conllevaría a que el accionista minoritario abuse de esta prerrogativa, que más bien , entorpezca el funcionamiento de las sociedades anónimas. Finalmente, el referido artículo, indica que, cualquier acreedor podrá ejercer la acción de responsabilidad, en caso de insolvencia de la sociedad.” (p.67).

Por otro lado, de lo esbozado en el párrafo precedente, he podido apreciar que, los artículos 168° (Solicitud de convocatoria por la minoría) y 169°(convocatoria judicial) del dispositivo legal en mención, confieren derechos a las minorías que signifiquen, como mínimo el cinco por ciento del capital social, a pedir la convocatoria, esto en virtud de que el artículo 168°, indica que los administradores se obligarán a convocar la junta general cuando lo soliciten uno o varios socios que equivalgan como mínimo, el cinco por ciento del capital social. Seguidamente, nos encontramos con la negativa de convocatoria, comprendido en el artículo 169°, supuesto en el cual, se podrá solicitar ante el juez. Según el segundo de los artículos arriba descritos, esta convocatoria judicial, se podrá realizar, ante dos supuestos: a) Si la junta general ordinaria no fuera convocada dentro del plazo previsto en el estatuto, se hará a solicitud de cualquier socio y; b) Si los administradores no atendieren oportunamente la solicitud de convocatoria de junta general solicitada por la minoría.

En ambos casos, previa audiencia de los administradores, supuesto de hecho que no sucede en la legislación nicaragüense.

Consecuentemente, resulta interesante desarrollar las propuestas del citado estudioso, al destacar otros derechos que contempla la ley española materia de estudio que, según el mismo pueden ser tenidos en cuenta en una futura reforma legislativa, como son los siguientes:

“Artículo 179. Derecho de asistencia.

[...] en ningún caso el número exigido pueda ser superior al uno por mil del capital social

Artículo 193. Constitución de la junta de la sociedad anónima.

1... quedará válidamente constituida en primera convocatoria cuando los accionistas presentes o representados posean, al menos, el veinticinco por ciento del capital suscrito con derecho de voto. Los estatutos podrán fijar un quórum superior.

2. En segunda convocatoria, será válida la constitución de la junta cualquiera que sea el capital concurrente a la misma, salvo que los estatutos fijen un quórum determinado [...]

Artículo 197. Derecho de información en la sociedad anónima. [...] Lo puede solicitar cualquier accionista.

Artículo 203. Acta notarial.

Podrán requerir la presencia de notario para que levante acta de la junta general al menos el uno por ciento del capital social en la sociedad anónima

Artículo 204. Acuerdos impugnables.

Son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros. Serán nulos los acuerdos contrarios a la ley. Los demás acuerdos a que se refiere el apartado anterior serán anulables.

No será procedente la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro.

Artículo 206. Legitimación para impugnar.

Para la impugnación de los acuerdos nulos están legitimados todos los socios, los administradores y cualquier tercero que acredite interés legítimo”. (p. 68-69)

De esto derechos, debo resaltar como novedoso, lo que se indica en el artículo 193° del citado cuerpo normativo, relacionado a la constitución de la junta de la sociedad anónima, cuando refiere a que los estatutos podrán fijar un quorum superior, esto supone pues que, dependerá mucho de la voluntad social de acuerdo a discrecionalidad de modificar el estatuto, en este aspecto y, por ende, elevar el porcentaje mínimo de acciones suscritas con derecho de voto; por otro lado, podemos apreciar que, para casos de peticiones de la presencia de notario para levantamiento de acta de junta general, el requisito mínimo porcentual de representación en el capital social es bastante bajo, siendo muy alentador para la adecuada protección del accionista minoritarios.

Asimismo, debo enfatizar algo, que nos debe llamar la atención, es respecto a la acción de impugnación, derecho que podrá ser ejercido por todos los socios legitimados para impugnar y; finalmente, lo concerniente al aumento de capital social, aquí hay algo interesante del moderno derecho societario español, el mismo que ha considerado que, éste aumento se realice con emisión de acciones con prima y; que ésta deberá satisfacerse al momento de la toma de la suscripción de las nuevas acciones; sin embargo, al tratarse de una posibilidad, no nos queda claro, toda vez que, si fuera una condición ineludible, no hablaríamos de una posibilidad, sino de una obligatoriedad.

En definitiva, se denota que, en la legislación española, hay un mínimo legal de protección de los accionistas minoritarios; por lo demás, es muy tibia la producción normativa y, no es muy explícita, en otros derechos de carácter económico y político a comparación de otras legislaciones.

Palacios F. (2012), señala lo siguiente:

“El legislador español ha sido un tanto conservador por no haber ahondado más en otros derechos de accionistas minoritarios; empero, hace el reparo que, puede ser un acto de prudencia a fin de evitar un fenómeno de abuso a la inversa y que sean las minorías las que hagan un uso inadecuado de tales derechos, sujetando a las mayorías de forma caprichosa y, en consecuencia entorpeciendo el funcionamiento dinámico de la sociedad anónima, tal como como ha sucedido en España.”(p. 69).

Dentro de este nuevo régimen societario español, Baena P. (2016), esboza algo muy interesante que, deberíamos tener en cuenta, al momento de concluir el desarrollo de la presente tesis, en lo que se refiere al sistema legal y fundamento, respecto de la legitimación activa y pasiva para la impugnación de los acuerdos de las sociedades de capital, como lo es la sociedad anónima, que en resumen dice lo siguiente:

“Tanto desde, el punto vista dogmático como práctico, el derecho de impugnación de los acuerdos sociales adoptados por los órganos de sociedades de capital, es uno de los temas más trascendentes en este campo; subrayando que, el tratamiento jurídico que se le dé a la legitimación activa para la impugnación de los acuerdos sociales es clave para hacer efectivo el derecho de los socios que contrarrestan la adopción de decisiones ilegales, contrarias a los estatutos o a ley y lesivas para los intereses de la sociedad. Bajo este contexto, el legislador se encuentra ante la necesidad de dar respuesta a las exigencias de dos principios dignos de protección, pero contrapuestos: el de estabilidad de las decisiones sociales y el de protección, pero contrapuestos: el de la estabilidad de las decisiones sociales y el de protección de la minoría (o de los terceros con interés legítimo) frente a los abusos de la mayoría.” (p.126)

Por otro lado, en el caso del derecho de separación, Uría González (1999) y, a modo de resumen, acota lo siguiente:

“Que, en las sociedades de marcado carácter capitalista, como la anónima, el derecho a la separación del socio sólo admite casos aislados muy contados, porque la normal movilidad de la acción suple a la inexistencia de un derecho general a la separación. En lo concerniente, la Ley de Sociedades Anónimas de España, admite el derecho de separación solamente en tres supuestos: a) Sustitución del objeto social; b) Traslado del domicilio social fuera del territorio nacional y, c) Transformación de la sociedad anónima en colectiva o en comanditaria. Algo muy particular, es lo relacionado con las sociedades personalistas y cerradas (colectiva y comanditaria), en el que está recogido este derecho, solo para el caso de sociedades constituidas por tiempo indefinido. En lo que atañe a este tema, los legisladores españoles, han considerado, para las sociedades de Responsabilidad Limitada, por un lado, un amplio sistema de causas Legales de separación, y por otro, otras distintas de carácter voluntario: las causas estatutarias de separación (p. 235).

Podemos apreciar de modo claro que, la doctrina española, encuadra mejor la idea de exclusión de accionistas, como una institución de rancia tradición en su legislación societaria, recogida con cierto detenimiento en el tema de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que regulan las causas de exclusión, el sistema de valorar las participaciones del socio excluido y su reembolso. De conformidad con la legislación española y, para tener una idea de cómo se regula, mencionaremos, unas cuantas causas de exclusión de socios:

- a) La relativa al incumplimiento por el socio de la “obligación de realizar prestaciones accesorias”,
- b) Respecto a la actuación de los socios administradores: Por infracción del administrador, en relación a “La prohibición de competencia a la sociedad”.

También concerniente a la actuación de los socios administradores: Vgr.: Que, el administrador hubiese sido condenado por sentencia consentida y ejecutoriada a pagar una suma de dinero por concepto de indemnización de daños y perjuicios ocasionados a la sociedad.

El supuesto de hecho que acarrearía un proceso judicial de esta naturaleza, se habría instaurado por haber, el condenado, incurrido en actos contrarios a la Ley o a los estatutos o efectuados omitiendo ejercer, el deber de diligencia.

Por otro lado, se observa de la legislación española, de conformidad con el artículo 523 de la ley 25/2011 de 1 de agosto, de reforma parcial de sociedades de capital, respecto de la representación del accionista en junta general, establece lo siguiente:

“Que todo accionista con derecho de asistencia podrá hacerse representar en la junta general por medio interpósita persona, aunque ésta no sea accionista, consecuentemente, las cláusulas estatutarias que limiten el derecho del accionista a hacerse representar por cualquier persona en las juntas generales serán nulas. No obstante, los estatutos podrán prohibir la sustitución del representante por un tercero, sin perjuicio de la designación de una persona física cuando el representante sea una persona jurídica. Siendo, además, indicar que, el representante podrá tener la representación de más de un accionista sin limitación en cuanto al número de accionistas representados. Cuando un representante tenga representaciones de varios accionistas, podrá emitir votos de signo distinto en función de las instrucciones dadas por cada accionista.”

H. Sociedad Europea

Según el estudioso Palacios F. (2012), respecto de los Derechos de los accionistas minoritarios en la sociedad europea, precisa lo siguiente:

“Como un ejemplo de la importancia de estos derechos hay que destacar que en el marco del derecho comunitario la protección de socios minoritarios está regulada en el Reglamento (CE) Número 2157/2001 del Consejo de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE)” (p. 70).

De dicho enunciado, se puede apreciar que, muchos de los artículos del referido dispositivo legal están relacionados a los derechos de las minorías accionarias, al materializarse una determinada fusión societaria; creándose organizaciones societarias europeas adoptando la figura jurídica de sociedades anónimas de los Estados que conforman la Unión Europea.

De lo bosquejado por el investigador en mención, hemos creído considerar los ejemplos de protección al accionista minoritario, en el marco de las denominadas sociedades europeas, los cuales se encuentran plasmados en los siguientes artículos del Reglamento (CE) Número 2157/2001:

Artículo 8 numeral 5, que textualmente reza:

Los Estados miembros podrán adoptar, respecto de las SE que estén registradas en sus territorios respectivos, disposiciones encaminadas a garantizar una protección adecuada a los accionistas minoritarios que se hayan pronunciado en contra del traslado de domicilio”.

Artículo 24 numeral 2, contempla la protección a los minoritarios, en lo que concierne a las fusiones societarias:

Los Estados miembros podrán, respecto de las sociedades participantes en una fusión constituida con arreglo a su ordenamiento jurídico, establecer disposiciones encaminadas a garantizar una protección adecuada a los accionistas minoritarios, que se hayan pronunciado en contra de la fusión (p.70).

Finalmente, debo coincidir con el referido autor, cuando indica que, la legislación en la sociedad europea, incide mucho en adoptar disposiciones sobre la adecuada protección de los accionistas minoritarios, de suma concreción y claridad sobre estos derechos muy en boga en el derecho societario.

I. Perú

Para comenzar nuestra Ley N° 26887, Ley General de Sociedades, no contempla la definición de accionista mayoritario y minoritario.

Sin embargo, podemos señalar derechos que tiene el accionista, sea mayoritario o minoritario, como son:

a) El derecho de Solicitar la convocatoria de la Asamblea o la Junta General a los administradores o por vía judicial.

De acuerdo al artículo 117° de la Ley General de Sociedades, la regla general necesaria a efectos de que uno o más accionistas puedan solicitar por conducto notarial la realización de la junta general, consiste en que aquellos, signifiquen como mínimo el veinte por ciento (20%) de las acciones suscritas con derecho a voto.

Por otro lado, de conformidad, con el artículo 255° del mismo cuerpo normativo, apreciamos que, al tratarse de sociedades anónimas abiertas, el requisito porcentual que se requiere para la petición de la realización de la junta, es igual al cinco por ciento (5%) de las acciones suscritas con derecho a voto y, además, no encuentren suspendidos, caso contrario no podrá pedir la realización de la junta al notario público o al juez de domicilio real y/o habitual de la organización societaria.

Al respecto podemos ver que, la valla porcentual es bastante alta, respecto de los minoritarios en las organizaciones societarias anónimas a comparación de las sociedades anónimas abiertas, por lo que este acápite, desde ya, significa una seria limitación u óbice para poder exigir tanto notarial como judicialmente una Junta General, por lo que consideraríamos que la valla porcentual, en el caso de sociedades anónimas, disminuya razonablemente, puesto que, de esta forma, complementaríamos la regulación para una adecuada protección de los minoritarios, para cuyo efecto, se propone que, la solicitud dirigida al notario o al juez, según sean el caso, para la realización de la junta al notario o al juez, por parte de uno o más accionistas equivalgan como mínimo el dos por ciento (2%) de las acciones suscritas con derecho a voto.

En el caso peruano, los accionistas asistirán a Junta y ejercerán sus derechos, los accionistas con derecho a voto, que aparezcan debidamente registradas en el libro matrícula de acciones, con la debida antelación mínima de dos (02) días de su realización (Artículo 121 de la LGS).

Asimismo, de conformidad con art 21-A de la Ley General de Sociedades, los socios, tendrán la posibilidad, en virtud de la constitución del quórum, el ejercicio del derecho al voto por medio electrónico, en la medida que, dichos socios cuenten con firma digital o por medio postal, para cuyo fin, es indispensable sus firmas legalizadas. Por otro lado, es necesario señalar que la LGS hace especial énfasis que, en determinado caso, la sociedad considere dicho modus operandi de voto, garantizará el respeto al derecho de intervención de cada uno de los accionistas, cuya responsabilidad recaerá en el presidente de la junta, respecto del cumplimiento de lo dispuesto.

b) Derecho de representación:

En Nuestro país, todo accionista que tenga la facultad de intervenir en las juntas generales, podrá ser representado por otra persona. La norma estatutaria de la sociedad puede establecer determinadas limitaciones a dicha prerrogativa, sin perjuicio de la representación a favor de otro accionista, o de un gerente o director, esto de conformidad con el Art. 122 de la LGS.

Comparando con otras legislaciones, éstas no prevén esta restricción, en cambio, nuestra legislación establece la exigencia de que la representación debe hacerse constar por escrito y con carácter específico por cada junta general, salvo que se refiera a otorgamiento de poderes por testimonio notarial de escritura pública. De igual forma, éstos deben ser registrados ante la sociedad con una anticipación de veinticuatro horas antes de la hora establecida para la realización de la junta general.

c) Presencia de notario:

Por asunto de seguridad jurídica y, de conformidad con el artículo 138° de la Ley General de Sociedades, por intermedio de una solicitud presentada- *dentro de las 48 horas antes de la celebración de la Junta General*- por accionistas que equivalgan como mínimo el veinte por ciento (20%) de las acciones suscritas con derecho a voto, la junta se realizará ante la presencia de notario público, a efectos de le otorgue la calidad de documento público con fecha cierta y, además le brinde la autenticidad de todo el contenido, respecto a la aprobación de acuerdos por la junta.

Sobre el particular, debo manifestar que, la valla porcentual es demasiado alta, en la medida que, muchas de las sociedades anónimas (de mediana empresa para abajo), dicho porcentaje, significaría un verdadero obstáculo para los accionistas minoritarios, quienes tratan de que las juntas generales, sean las más transparentes posibles, quienes también deberían ser exonerados de los pagos respectivos, en el sentido que, la seguridad jurídica es el bienestar para todos lo que conforman la sociedad anónima.

d) Auditorías especiales:

De conformidad con el artículo 227° de la Ley General de Sociedades, se indica que, los titulares de acciones con o sin derecho a voto que se configuren como mínimo el diez por ciento (10%) de la totalidad de las acciones suscritas, podrán solicitar (tanto en sociedades que cuentan o no con auditoría externa permanente) la verificación de los estados financieros, como aspectos objetivos de la gestión o de la contabilidad de la sociedad. Se indica que, los costos que causen estas auditorías serán asumidos por quienes lo pidieron, a no ser que éstos, equivalgan a una fracción mayor a un tercio del capital pagado de la organización societaria, en cuyo caso, los referidos costos, serán asumidos por ésta última.

Al respecto, debo incidir nuevamente en la valla porcentual que se exige en nuestra normatividad, en lo que se refiere a la representación de las acciones suscritas de quienes solicitan las mencionadas auditorías, pues establecer un diez por ciento (10%), significa que, de tratarse de las minorías, éstas se verían limitadas en este derecho de solicitar auditorías especiales, puesto que, lo solicitan por motivos razonables en las que existen presuntas irregularidades de robo o mala gestión, por lo que debería reducirse la valla porcentual, en relación a los accionistas (con o sin derecho a voto) que representen, cuando menos el dos por ciento (2%) del total de las acciones suscritas.

Por otro lado, de tratarse de solicitud de auditorías especiales, por motivos, razones o circunstancias mala gestión o robo, simplemente deberán ser exoneradas y, en el extremo de los casos, los solicitantes no deberían asumirlo, toda vez que, es una acción que tiene como objetivo el determinar si hubo o no mala gestión, hurto o robo del dinero.

1.2.9 El Buen Gobierno Corporativo

A) Nociones Generales:

Una forma de solucionar los problemas de la separación entre propiedad y gestión de la sociedad anónima es a través del Buen Gobierno Corporativo. El Buen Gobierno Corporativo surge como una respuesta frente a las significativas crisis empresariales producidas en los últimos tiempos.

Busca mejorar el gobierno de las sociedades, alineando los intereses de los gestores con los de los accionistas, haciendo que la gestión de las sociedades sea más eficiente en términos de resultados al ser gestionadas con transparencia y bajo un nuevo reparto de poder. Dada su importancia, este movimiento en poco tiempo ha logrado una proyección universal, pasando a ser el Buen Gobierno Corporativo el tema de mayor actualidad en el Derecho Societario.

Particularmente, estos tienen como objetivo el promover un ambiente de respeto a los derechos de los accionistas e inversionistas en general a efectos de crear mayor confianza en los inversionistas.

Según Payet Puccio (2003), menciona a modo de preámbulo, señala lo siguiente:

Sin lugar a dudas, uno de los temas más importantes y trascendentes en el sistema de buen gobierno corporativo, es el referido a la protección de las minorías, el mismo que ha alcanzado especial importancia en las normas que procura el Derecho de Sociedades y con mayor énfasis en aquellas referidas a las sociedades anónimas (p.

77).

Ya en su parte introductoria, de su tema de investigación: Empresa, Gobierno Corporativo y Derecho de Sociedades: Reflexiones sobre la Protección de las Minorías, el citado autor precisa que, la cuestión del gobierno corporativo en las sociedades ha alcanzado gran notoriedad, luego de los escándalos corporativos acaecidos entre los años 2000-2001, en especial del caso Enron, una empresa de gas, que ocupó el séptimo lugar del grupo empresarial de mayor valor en los Estados Unidos de Norte América, en cuestión de quince años (1986-2001), su crecimiento exponencial en su área original y, al desarrollar nuevos mercados en el área de las comunicaciones, manejo de riesgos y seguros en general, la llevó a tener una compleja estructura corporativa de más de 3000 sociedades unidas a través de holdings que, hacía casi imposible auditarla mediante métodos convencionales, lo cual le permitió ocultar, “dibujar” o “maquillar” los resultados económicos.

Es ante este hecho verdaderamente escandaloso, surgieron las inquietudes de los inversionistas, los gobiernos, los reguladores, etc., por la administración de las empresas de mayor envergadura en Norteamérica y, Unión Europea.

Situación que no ha cesado de tener su resonancia en el Perú, en la medida que la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV) ahora denominada Superintendencia de Mercados y Valores (SUV); la Bolsa de Valores de Lima y otras entidades reguladoras, se han unido y sumado esfuerzos por propugnar y/o motivar las prácticas de Buen Gobierno Corporativo en la mayoría de organizaciones jurídicas societarias como las no

societarias, máxime cuando, en nuestro país, ya contamos con este compendio denominado: Código de Buen Gobierno para las sociedades peruanas.

Estos hechos, han sido coyunturales para que la CONASEV en su momento, hiciera propuestas de reforma, tanto para la modificación de la ley general de sociedades y de la ley del mercado de valores, puesto que a criterio del referido ente, resultan conveniente la citada reforma para lograr una adecuada protección de los minoritarios.

Por lo demás, creo importante que, no solo se pretenda promover las prácticas de buen gobierno corporativo de las grandes empresas, sino de las sociedades anónimas que son más familiares, donde hemos podido ver muchos casos en los cuales se materializan casos de fraudes, falsificación de firmas, suplantación de nombre en los libros de actas de Junta General, aparición de socios “fantasmas” en los libros padrones de socios accionistas, existencia de ex profesas denuncias por pseudas pérdidas o extravíos de estos libros con la finalidad de perpetuarse en el poder o tener el control político y administrativo de la sociedad, que muchas de las veces, implica el predominio o abuso de las mayorías accionarias sobre los accionistas minoritarios; por lo que ante tal situación, resulta hacer propuestas y/o recomendaciones de reforma para lograr una adecuada protección de los accionistas minoritarios.

B) Concepto o Definición de Gobierno Corporativo y su importancia en la Sociedad Anónima.

La palabra Gobierno Corporativo viene de la palabra de origen anglosajón *Corporate Governance* compuesto por dos palabras: *Corporate*, que está referido a las grandes compañías “*corporations*” norteamericanas, caracterizadas por recurrir al financiamiento a través del mercado de valores y contar con grandes cantidades de accionistas y “*governance*”, entendido como los actos, hechos, o maneras de gobernar.

Para nosotros, el Gobierno Corporativo es un mecanismo de control societario que pretende renovar el gobierno de las sociedades que recurren al financiamiento público, a través de propuestas que persiguen una alineación de los intereses entre los accionistas y administradores, de manera que se asegure en mayor medida que los accionistas obtendrán un retorno adecuado por la inversión realizada.

El Gobierno Corporativo supone un nuevo reparto de poder a fin de equilibrar los intereses de gestores y accionistas-inversionistas con la finalidad de acabar con la concentración de poder. Esto se logra a través de diluir la información que antes recaía en un grupo reducido de personas para hacer que recaiga en un grupo cada vez más amplio, donde las funciones sean cada vez más estrechas entre una y otra persona. A su vez, se debe lograr mayores exigencias en cuanto al tratamiento de información, ya que, esta debe ser dada con transparencia y de manera veraz y oportuna.

Se trata de regular la actuación de todos en la sociedad, ya que, de esta forma, se logra incentivar a los potenciales inversionistas, dado que, al contar con toda la información relevante, ellos sabrán en qué empresa les conviene invertir y en cuál no.

No hay una única forma de definir lo que es el Gobierno Corporativo, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), en sus Principios de la OCDE para el gobierno de las sociedades (2004), define al Gobierno Corporativo como:

“Una serie de interrelaciones entre la dirección de la empresa, su órgano de administración, sus accionistas y otros grupos de interés social. El Gobierno Corporativo también proporciona la estructura a través de la cual se establecen los objetivos de la empresa, determinando los medios para alcanzarlos y cómo

supervisar su cumplimiento.” (p. 13).

Por otro lado, Cadbury (1992), define al Gobierno Corporativo de la siguiente manera: Corporate Governace

2.5 Corporate governance is the system by which companies are directed and controlled. Boards of directors are responsible for the governance of their companies. The shareholders' role in governance is to appoint the directors and the auditors and to satisfy themselves that an appropriate governance structure is in place. The responsibilities of the board include setting the company's strategic aims, providing the leadership to put them into effect, supervising the management of the business and reporting to shareholders on their stewardship. The board's actions are subject to laws, regulations and the shareholders in general meeting¹ (p. 14).

En el derecho peruano, los principios de Buen Gobierno Corporativo regulan la forma cómo los administradores deberían realizar el manejo de una sociedad, así como el de los inversionistas y el de la sociedad en sí.

¹ El gobierno corporativo es el sistema por el cual las empresas son dirigidos y controlados. Los consejos de administración son responsables del gobierno de sus empresas. La función de los accionistas en el gobierno es nombrar a los directores y los auditores para asegurarse de que la estructura de gobernanza adecuada está en su lugar. Las responsabilidades del consejo incluyen la configuración de la empresa objetivos estratégicos, proporcionando el liderazgo para ponerlos en efecto, supervisando la gestión del negocio, informar a los accionistas sobre su administración. Las tablas de acciones están sujetas a leyes, reglamentos y accionistas en Junta general. Traducción propia.

Estos principios de Buen Gobierno Corporativo nacen aproximadamente unos diez años, aproximadamente en el Perú y, se basan en los *Principles of Corporate Governance* de Estados Unidos y en los Principios de Buen Gobierno Corporativo de España.

Si bien muchos de estos principios de Buen Gobierno Corporativo no son de obligatorio cumplimiento, más aún cuando no se encuentran regulados en nuestra LGS, como una obligatoriedad de insertarlos en determinado capítulo de cada uno de los estatutos de todas las sociedades anónimas. Debo suponer que, a la gran mayoría de organizaciones societarias, le ha generado incertidumbre a la hora de utilizarlos, dado que, no saben a ciencia cierta, si le son beneficiosos o no; si son o no de obligatorio cumplimiento.

Los principios de Buen Gobierno Corporativo pueden aplicarse a todas las sociedades, tanto para las que tienen o no sus valores inscritos en el Registro Público del Mercado de Valores, aunque existen ciertos principios que sólo son aplicables a las primeras. Además, la adhesión a estos principios es voluntaria. Sin embargo, debe tenerse en cuenta la obligación de informar sobre los niveles de implementación establecida por la Resolución de Gerencia General de CONASEV N° 096-2003- EF/94.11.

Los principios de Buen Gobierno Corporativo para el Perú cubren los siguientes aspectos: el tratamiento ecuánime de los accionistas, los derechos de los socios titulares de acciones suscritas y pagadas; el desempeño de los grupos de interés en la administración de la sociedad, información transparente y oportuna, las responsabilidades de los miembros del órgano administrador y, sociedades no cotizadas en bolsa (no inscritas en el registro público del Mercado de Valores)

En éste último supuesto, se indica que estos principios son aplicables en lo pertinente y se hacen recomendaciones adicionales en cuanto al directorio, la estructura organizacional y los estándares de suministro de información.

Si bien no es necesario que todas las empresas se acojan a estos principios de Buen Gobierno Corporativo, sin embargo, muchas empresas de nuestro país al de hoy, se han podido cerciorar que, al no acogerse a los citados principios, terminan siendo las únicas perjudicadas, toda vez que, no van a tener inversión, en la medida que los inversionistas van a preferir ir donde las sociedades sean más transparentes, generándose de esta forma, incentivos para que todas las empresas se acojan a estos principios de Buen Gobierno Corporativo.

Los principios del buen gobierno corporativo recogidos en el Código del Buen Gobierno Corporativo (BGC), que se refiere a lineamientos que adoptan los entes jurídicos societarios con el objetivo de lograr mayores réditos para sus acciones como para las sociedad, en virtud de la transparencia, credibilidad y valor ante los potenciales inversionistas que surgieron como una propuesta de solución eficaz, ante las deficiencias que pudimos encontrar en las sociedades de accionariado difundido, hecho que resultó de la separación de intereses entre los grupos de interés y la propiedad. Estas prácticas del BGC, proponen adoptar medidas que corrijan las distorsiones generadas por la divergencia de intereses de los accionistas y los administradores.

Entre dichas medidas correctivas, se encuentran referidas a los derechos y obligaciones de los accionistas, la elección de directores y puestos gerenciales, procedimientos de acceso a la información financiera, la delineación exacta de las funciones del directorio y los gerentes y la elaboración de esquemas de crecimiento, entre otras.

En efecto el BGC, busca evitar la contabilidad creativa, la dirección orientada a maximizar inversiones y no utilidades, los préstamos a los funcionarios, la posible incompatibilidad de empresas auditoras, la falta de transparencia en la información que se proyecta al mercado, la información asimétrica, la falta de diferenciación entre gestores, asesores, inversionistas o accionistas, en perjuicio de los inversionistas sociales, los cuales directa e indirectamente tienen intereses en la empresa, por ejemplo: accionistas, empleados, proveedores.

Se trata, por tanto, de un grupo de recomendaciones y no de obligaciones impuestas por norma alguna, que habrán de evidenciar cierta idoneidad de autodeterminación y autorregulación de las empresas peruanas, que de una u otra manera atenúan la distorsión que originan las sociedades por el mal manejo y de actividades no transparentes y divergentes de los socios, gestores, directores, gerentes etc.

El Gobierno Corporativo en nuestro país va tomando cuerpo, cobrando día a día mayor importancia, creándose mayores artículos sobre el tema, dado que, en algunas empresas en el Perú, ya se encuentran incorporadas dentro de su estructura organizacional.

C) Publicidad de los acuerdos, el acceso a la información y la comunicación de la sociedad con los accionistas.

La publicidad de los acuerdos, el acceso a la información y la comunicación de la sociedad con los accionistas son tres principios que se encuentran muy ligados. Es muy difícil hablar de uno de estos tres sin que podamos prescindir de los otros dos.

La publicidad de los acuerdos es una de las formas de proteger a los accionistas en general, en especial a los accionistas minoritarios. Consiste en que cada uno de los acuerdos, ya sea de la Junta General de accionistas como de los directores o administradores de la sociedad deben ser publicados de tal manera que los accionistas tengan la opción de enterarse de los mismos. Esto es una garantía, ya que, les da a los accionistas que se encuentren en contra de dicho acuerdo, la posibilidad de poderlo impugnar dentro del plazo, o, en su defecto, ejercer su derecho de separación de la sociedad.

Asimismo, la publicidad de los acuerdos está muy ligado a los principios de información y de transparencia de la sociedad. Se establece que los acuerdos deben publicarse para que tanto los accionistas, como los interesados en la sociedad, sepan del desarrollo de la misma. Además, es una forma de que puedan acceder a la información. Debe tenerse en cuenta que los hechos relevantes deben ser comunicados de inmediato, más aún cuando su divulgación, podría tener injerencia en las decisiones de los accionistas inversionistas.

Por hechos de importancia entendemos, por ejemplo, los cambios en la estructura de la sociedad, las fusiones y escisiones dentro de la sociedad, los cambios de objeto social, etc. Es decir, todo hecho o circunstancia que pueda hacer que un accionista se retire de la sociedad o cambie su visión con respecto a la misma.

Todos los accionistas deben tener acceso oportuno a la información por igual. Toda información dada a un accionista debe ser comunicada a todos los accionistas. No puede haber discriminación en la información que se le brinde a los accionistas porque todos los accionistas de la sociedad son igual de importantes y tienen los mismos derechos.

Al respecto, el maestro peruano, Payet Puccio (2003), manifiesta que:

“Es frecuente la situación en la que existen muchos accionistas con posiciones accionariales pequeñas, las cuales son de un valor casi insignificante para el accionista controlador, pero significativo para el accionista minoritario; que en la realidad han hecho abandono de sus títulos y; resulta que muchas veces la sociedad no puede siquiera ubicarlos para ofrecerles la compra de sus acciones o comunicarles en qué situación están sus acciones y, este fue el hecho que motivó la dación de la Ley N° 26985, sobre protección de los accionistas minoritarios en las sociedades anónimas abiertas, que extendió el plazo de caducidad para el cobro de dividendos de tres a diez años y obligó a las sociedades abiertas a publicar listados de accionistas (p. 34).

Cuando se vayan a efectuar juntas generales de accionistas, se debe tener en cuenta lo que reza el artículo 130° de nuestra LGS, que expresamente dice:

“Desde el día de la publicación de la convocatoria, los documentos, mociones y proyectos relacionados con el objeto de la junta general deben estar a disposición de los accionistas en las oficinas de la sociedad o en el lugar de celebración de la junta, durante el horario de oficina de la sociedad.”

La publicidad de los acuerdos no debe generar altos costos para el desarrollo de la sociedad, dado que, por ejemplo, se puede utilizar la página web de la empresa para brindarles a todos los interesados dicha información. Así, además, se asegura que todas las personas van a poder tener el mismo acceso a dicha información y en el mismo momento. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que de acuerdo a lo establecido por el artículo 200° de la LGS, determinados acuerdos que acarren el ejercicio del derecho de separación, serán publicados por la organización societaria, por vez única, dentro de un término de diez días, siguientes a su aprobación de acuerdos, salvo otra disposición legal en el que se requiera otro presupuesto a publicarse.

Esto se hace con la finalidad que todas las personas se enteren del acuerdo adoptado por la sociedad y puedan de esta forma ejercer su derecho de separación en el parámetro de los plazos fijados por la ley o el estatuto de la sociedad.

Trimestralmente, las sociedades que cotizan en bolsa están en la obligación de entregarle a CONASEV sus balances, cuentas de ganancias y pérdidas, memoria anual e indicadores financieros. Además, dicha información debe estar disponible en la sede social de la emisora.

Las sociedades anónimas abiertas cuentan a su vez con un derecho de información fuera de la junta. Así lo señala el artículo 261° de la LGS:

“Artículo 261°. - La sociedad anónima abierta debe proporcionar la información que le soliciten, fuera de junta, accionistas que representen no menos del cinco por ciento del capital pagado, siempre que no se trate de hechos reservados o de asuntos cuya divulgación pueda ocasionar daño a la sociedad. En caso de discrepancia sobre el carácter reservado o confidencial de la información resuelve la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores.” (p.198).

Finalmente, debe tenerse en cuenta que no siempre el hecho de publicar los acuerdos en un diario nacional hace que estos sean conocidos por todos, ya que, no todas las personas leen los mismos diarios ni todos leen diarios todos los días.

La sociedad periódicamente debería comunicar a sus accionistas cómo va el desarrollo de la misma. Asimismo, todas las propuestas de cambios de importancia en la sociedad como, por ejemplo: una fusión, transformación, escisión, aumento y reducción de capital deben ser comunicados a los accionistas con anterioridad a la Junta de Accionistas, donde se vaya a decidir esto para que los accionistas ejerciten su derecho a voto.

Los principios de Buen Gobierno Corporativo, instaurados por la CONASEV, ahora la Superintendencia de Mercados y Valores - SMV y recogidos en la publicación del “Código de Buen Gobierno para las Sociedades Peruanas” (2013), señala taxativamente lo siguiente:

Estos principios son una guía para todas las sociedades anónimas del país, sobre todo para aquellas con valores inscritos en el Registro Público del Mercado de Valores. Se espera que su implementación voluntaria, reflejo de su clara capacidad de autodeterminación y autorregulación, revierta en su competitividad y sostenibilidad. La adhesión a dichos principios y su revelación por parte de las sociedades se constituirá, a su vez, en un referente que los diferentes grupos de interés valorarán, y que contribuirá a su posicionamiento en los mercados de capitales del país y del exterior (p. 6).

De igual forma, Los principios de Buen Gobierno Corporativo (2013), menciona lo que expresamente dice:

“El Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas tiene como objetivo, contribuir a generar una verdadera cultura de gobierno corporativo en el Perú, que mejore la percepción de las sociedades anónimas por parte de los inversionistas, promueva el desarrollo empresarial, y coadyuve a la generación de valor en la economía peruana” (p. 3).

Esto significa que la sociedad debe brindar a los accionistas información regular y precisar acerca de la misma con la finalidad de que los accionistas sepan del desarrollo de la sociedad y puedan tomar decisiones en base a esto.

Cabe recalcar que, si bien los principios de Buen Gobierno Corporativo para las sociedades peruanas no son vinculantes, deberían ser tomados en cuenta por las sociedades e implementarlos, ya que, ayudan a generar confianza entre los accionistas y directores de la sociedad haciendo que el desarrollo de la misma sea más óptimo.

1.2.10 Deberes de los administradores

A) Nociones Generales

Se han creado diversos deberes que todos los administradores de las sociedades deben cumplir para lograr que siempre actúen en interés de la sociedad. El no cumplir con estos deberes puede llevar a que los administradores tengan responsabilidad. Estos deberes pueden estar en el estatuto social de la sociedad, en los principios de Buen Gobierno Corporativo, así como en la propia LGS.

El Buen Gobierno Corporativo regula los deberes generales de los administradores, para intentar reducir las situaciones de perjuicio para la sociedad y sus accionistas. En este sub-capítulo desarrollaremos los distintos deberes que existen dentro del Gobierno Corporativo, que deben cumplir los administradores de la sociedad y que sirven como un mecanismo de protección a los inversionistas y accionistas de la empresa, así como a la sociedad en sí.

En lo concerniente, la firma mexicana Deloitte (2012), nos da un alcance, el mismo que podemos de resumir de la siguiente manera:

“Una de las sociedades mercantiles que ha perdurado en el tiempo, es la denominada sociedad anónima por las reglas de constitución que ésta requiere, en relación al mecanismo de captación de inversión y sobre todo el nivel de responsabilidad que tienen sus socios, que se limita al total de las aportaciones realizadas por los socios. El nivel de riesgo es asumido directamente por los socios y/o accionistas, en base a sus aportes realizados. Es muy importante mencionar que, la incorporación de accionistas y la relación entre quienes ostentan la mayoría y la minoría accionaria, ha sido un tema que a través de los años ha generado discusión, consecuentemente, el deterioro en las relaciones y falta de acuerdos, ha derivado en venta de acciones, escisiones, detrimento o cierre de empresas, demandas y juicios entre accionistas y administrativos, pleitos familiares, entre otros aspectos.” (Deloitte, 2012, p. 1).

De la publicación de la citada firma mexicana, hemos podido apreciar que, estos son los escenarios a los cuales apuntamos, a efectos de buscar una adecuada protección jurídica a los minoritarios, proponiendo la inserción de los códigos de buen gobierno, a los que alude Embid J.(2016), quien señala que son ideas fundamentales del Corporate Governance, indicando expresamente lo siguiente:

“[...]Bastará, en todo caso, con recordar ahora que el pomposo nombre de «código» no permite ocultar su naturaleza de documentos característicos del llamado soft law, es decir, carentes de poder vinculante para sus destinatarios.[...]”p.88

El Soft Law (declaraciones, programas de acción, políticas, recomendaciones, procedimientos, etc.), se traduce en el derecho blando en contraposición al derecho duro o denominadas Hard law (leyes, disposiciones normativas, circulares, etc.), ante las cuales, según el referido maestro, es necesario explicar el motivo de la inobservancia (la regla comply or explain). Empero, determinados postulados de este derecho blando podrían insertarse en leyes o disposiciones normativas que sean de aplicación homogénea a todas las

sociedades anónimas con el propósito de brindar confianza a los inversionistas, evitando el potencial abuso o desigualdad entre minoritario y mayoritarios. Por esta razón, incidiremos en los tres de los primeros deberes a desarrollar, de acuerdo al orden siguiente: El deber de diligencia, el deber de lealtad y, la regla del correcto juicio empresarial.

El deber de diligencia:

El deber de diligencia consiste en que los administradores tienen el deber de actuar diligentemente al administrar la empresa; de esta forma, se busca evitar que actúen de una manera negligente. Por el deber de diligencia los administradores se encuentran obligados ante la sociedad a desempeñar sus funciones de una manera razonable y teniendo el cuidado que se esperaría que empleara una persona juiciosa en la misma posición y en coyunturas semejantes. El deber de diligencia abarca diferentes conflictos que hacen difícil precisar cuál es la conducta debida y, por tanto, es también difícil demostrar su infracción.

El deber de lealtad:

El deber de lealtad significa que en el ejercicio del cargo los administradores se encuentran obligados a poner de lado su interés personal haciendo que prime el interés de la organización societaria. El administrador debe dejar de asistir e intervenir en todos aquellos asuntos en los cuales guarde algún interés y además debe evitar realizar operaciones comerciales con la sociedad en donde el de manera personal pueda verse favorecido. Este deber de lealtad significa también que el administrador debe de informar oportunamente del estado del conflicto de intereses para que la sociedad pueda ver si les conviene o no ese administrador. El administrador debe anteponer siempre su deber de lealtad hacia la empresa por encima de su interés personal.

La regla del correcto juicio empresarial:

La *business judgement rule* tuvo su origen en los Estados Unidos mediante jurisprudencia y se dio para sancionar los daños que ocasionaban los administradores por incumplir el deber de diligencia. El objetivo de la regla del correcto juicio empresarial es que se evite sancionar a los administradores cuando estos hayan cumplido con obrar con el deber de diligencia exigible.

La satisfacción de la Regla del correcto juicio empresarial de acuerdo a los principios dados por el Instituto de Derecho Americano de Gobierno Corporativo (1994), requiere del cumplimiento de los siguientes requisitos:

“Que los administradores no estén interesados en el asunto objeto de la decisión empresarial

Que estos hayan cumplido con el deber de informarse antes de tomar la decisión. Que razonablemente el acuerdo sirva al mejor interés de la sociedad.”

El deber de informarse

El deber de informarse consiste en que los administradores deben tener la información necesaria para poder desarrollar una correcta administración de la empresa; es decir, para poder tomar las mejores decisiones en base a la información que se tiene.

Sin embargo, este deber de informarse, al igual que los otros deberes de lealtad no son absolutos; es decir, que para saber si se ha cumplido correctamente con el deber de informarse hay que analizar algunos factores tales como, si la información estuvo disponible, el costo que se genera al haber buscado la información, así como la oportunidad en que esta información estuvo disponible.

El deber de investigar:

El deber de investigar se encuentra relacionado con el deber de informarse y, con el deber de vigilar. Este deber exige que el administrador se informe de la información que le ha sido suministrada. Además, producto de este deber es que los administradores deben investigar los hechos que pueden llevar a causar un daño a la sociedad.

Podemos subrayar que, este deber va en estrecha relación con el deber de vigilancia, ya que, cuando cumpliendo con el deber de vigilancia los administradores se dan cuenta de que hay hechos que pueden causarle perjuicios a la sociedad, deben llevar a cabo una investigación para poder determinar si ocurriría o no un perjuicio realmente y si esto puede ser evitado.

El deber de vigilar

El deber de vigilar es definido como el deber de monitorear el desarrollo de la sociedad. Como antes hemos dicho, este deber se encuentra muy relacionado con el deber de investigar, dado que, sólo serán capaces de investigar aquellos administradores que estén permanentemente vigilantes sobre el desarrollo de la empresa, pues, podrán detectar de manera oportuna cualquier manejo irregular que se pueda estar llevando a cabo.

En otras palabras, un buen administrador debe estar vigilante y siempre a la expectativa de los cambios que pueden darse en la sociedad. Sólo ellos serán capaces de detectar la buena marcha de la empresa.

El deber de no excederse de sus facultades

Este deber como su nombre lo indica señala que un administrador no debe excederse de sus facultades. Sus atribuciones deben de ir de acuerdo a los límites que las propias normas, que los estatutos de la sociedad o la propia Junta de accionista le haya dado. En caso se excediesen de las facultades que tienen, se estaría incumpliendo con este deber y este administrador debe de ser sancionado.

El deber de actuar de buena fe en el interés de la sociedad

El deber de actuar de buena fe en el interés de la sociedad está muy ligado a todos los otros deberes que ya hemos mencionado y a los que mencionaremos a continuación. Se presume que un administrador siempre debe actuar de buena fe buscando siempre el interés de la organización societaria.

Este deber no puede deslindarse de los otros deberes, ya que, el simple hecho de actuar de buena fe en aras de la sociedad significa que van a estar vigilantes y monitoreando siempre lo que sucede dentro de la sociedad.

El deber de no actuar para propósitos distintos del interés social y/o de no entrar en conflicto con el interés de la sociedad.

Tanto el deber de no actuar para propósitos distintos del interés social como el deber de no entrar en conflicto con el interés de la sociedad son dos deberes distintos, pero, sin embargo, hemos decidido tratarlos a ambos juntos ya que están estrechamente vinculados. El deber de no actuar para propósitos distintos del interés social significa que un administrador debe saber el interés social de la empresa y debe actuar siempre sin ir en contra de esto.

La mayoría de veces en que un administrador va en contra del interés social sucede en los casos en que entra en conflicto con intereses personales y pone por encima del interés social de la sociedad sus propios intereses.

En caso un administrador llegase a entrar en conflicto con el interés social debe de comunicarlo inmediatamente a la Junta de accionistas para que ellos decidan y puedan llegar a una solución. De tratarse de un tema específico, el administrador debe abstenerse de ir a las reuniones sobre ese tema, así como de emitir opiniones o decisiones. En caso su interés tenga en todo ámbito conflictos con el interés social no debe de aceptar el cargo y si lo aceptó debe de renunciar a él.

El deber de guardar confidencialidad

El deber de guardar confidencialidad significa que los administradores deben de guardar reserva de los asuntos importantes de la sociedad. Sin embargo, no todos los asuntos dentro del ámbito de una empresa son confidenciales. Esto sucede únicamente con aquella información que tiene el carácter de reservado. Porejemplo, todos saben quiénes son los directores de Coca Cola porque se trata de información que es de conocimiento público, sin embargo, nadie sabe la fórmula secreta de Coca Cola porque tiene carácter de reservado. Si un administrador de Coca Cola conociese dicha información, no puede darla a conocer, ya que, estaría incumpliendo el deber de guardar confidencialidad.

Podemos definir como información reservada a toda aquella información que no es de público conocimiento y que sólo debe ser conocida por un grupo muy reducido de personas, pues dicha información de ser publicada podría llegar a afectar gravemente.

Muchas veces, a los administradores en sus contratos se les ponen cláusulas de confidencialidad para que no propaguen información que puedan obtener de la empresa producto de haber trabajado ahí. Incluso, muchas veces, estas cláusulas no sólo se circunscriben al tiempo en que el administrador laboró ahí, sino que cubren incluso un tiempo después de haber cesado el vínculo laboral.

El deber de no beneficiarse de su posición

Este deber consiste básicamente en que los administradores no deben obtener beneficios, sobre todo económicos, a expensas de la sociedad al aprovechar su cargo, los bienes o la información de la sociedad para obtener beneficios personales.

B) Misión del Directorio en la Sociedad Anónima

Según la Comisión Especial para el estudio de un Código ético de los Consejos de Administración de las Sociedades (1998), la misma que, es una cohesión de estudios, análisis plasmados en informes sobre este tópico, realizados en España como en otros países, trabajos consistentes en la verificación de la aplicación de los Códigos de buen gobierno y el análisis de la doctrina de determinadas líneas de reforma dadas bajo la voz inglesa, que se denomina “Corporate Governance” (p.10).

De acuerdo a dicha Comisión, señala que las figuras jurídicas societarias del Consejo de Administración (denominado Directorio en nuestro país), pueden potenciar su papel que desempeñan en el gobierno de la sociedad, máxime cuando las polémicas extranjeras en relación a la reforma del Consejo de Administración originan una experiencia propia, las mismas que señala que estas actividades están orientadas al mismo fin: El control de la gestión.

En la actualidad, el desenvolvimiento del mercado de capitales, conocido como su extraordinario incremento de la inversión del público y de la influencia de inversores nacionales y extranjeros e institucionales, resulta puntual contar con un sistema de administración capaces de hacer frente a las divergencias de intereses entre la propiedad y aquella, que acarrea el crecimiento del accionariado que se cotiza libremente en bolsa (capital flotante) .

Comisión Especial para el estudio de un Código ético de los Consejos de Administración de las Sociedades (1998), estima, en síntesis, lo siguiente:

“Que la función general de la supervisión es la más genuina del Consejo de sociedades cotizadas y, que dentro de ella se desglosa tres responsabilidades fundamentales: 1) Orientar las políticas de la compañía 2) Controlar las instancias de gestión y; 3) Servir de enlace con los accionistas. precisa que, estima permiten se denomina debemos ver cuál es el interés social o la misión de la empresa, ya que, este es el criterio que debe guiar la actuación del órgano de administración (p. 17).

Al respecto, considero que, la misión del directorio es la de velar por el mejor desarrollo de la empresa para obtener beneficios para los accionistas. En lo pertinente, manifiesta el maestro y jurista Elías Laroza (1999) en relación a nuestra LGS, que ésta, no define cuál es la misión del directorio, sin embargo, en su artículo 152° se establece que “la administración de la sociedad anónima queda a cargo del directorio y de uno o más gerentes, exceptuándose expresamente el caso del directorio facultativo en la sociedad anónima cerrada, donde a falta de directorio, será el gerente general detenta éstas funciones[...]” (p. 328)

En relación a la acotación por el insigne jurista, podemos decir que “el directorio es el órgano de gestión y representación de la sociedad anónima”. Exceptuándose expresamente, el caso del directorio opcional de las sociedades anónimas cerradas, en las que, a falta el directorio, el gerente general detenta también esas funciones. Unido a que el directorio es el órgano de administración y representación de la organización societaria anónima, puesto que la misión del directorio es la de velar por el mejor desarrollo de la empresa para obtener beneficios para los accionistas, podemos concluir que el directorio es el órgano que se encarga de velar por el mejor desarrollo de la empresa para obtener beneficios para los accionistas. De esta forma, la misión del directorio debe siempre estar orientada a lograrlo, sin importar el tipo de sociedad anónima de la cual estemos hablando.

C) Composición y dimensión del Directorio en la Sociedad Anónima.

Es común que las sociedades grandes cuenten con un gran número de directores. Esto en lugar de ser un beneficio para la empresa es un perjuicio, ya que, a mayor número de personas que se encargan de dirigir una sociedad, más ineficiente se vuelve, pues, las reuniones se vuelven menos habituales, hay mayores inasistencias en las reuniones, la información de la sociedad se vuelve cada vez más difusa en el sentido que al haber muchos directores no todos manejan la misma información y al faltar muchos a las reuniones de directores no pueden brindarle toda la información a los otros directores porque no estuvieron ahí.

También, la comunicación de los directores es menos frecuente cada vez, por el hecho de que es difícil poder congregarse a un gran número de personas en un mismo día y a una misma hora. Por todos estos motivos se está tratando de que las empresas disminuyan el tamaño del directorio para poder mejorar estos problemas. Así pues, en la práctica, en muchos informes sobre Buen Gobierno Corporativo se establece como número límite del directorio el de quince miembros.

El artículo 155° de nuestra LGS, establece un número mínimo de tres (3) directores, sin embargo, no establece un número máximo. También establece que el estatuto de la sociedad debe establecer un número fijo o un número máximo y mínimo de directores.

La junta de accionistas de las sociedades debe velar por reducir la cantidad de directores modificando el estatuto de la sociedad, dado que, la determinación del número de directores es materia estatutaria y por tanto competencia de la Junta de accionistas por lo que sólo ellos pueden decidir una reducción del número de directores, de acuerdo a lo que establece el artículo 155° de la LGS.

Muchos informes sobre gobierno corporativo establecen que el directorio debería estar en su mayoría conformado por directores independientes

reduciendo de esta forma significativamente la participación de aquellos que representan a los accionistas de control para lograr de esta forma un mejor manejo de la sociedad.

Como por nombrar uno de los informes, relacionados con el Gobierno Corporativo, tenemos el Informe Olivencia, mencionado en la Comisión Especial para el estudio de un Código Ético de los Consejos de Administración (1998), que divide en tres a los directores de una sociedad: los directores independientes, los directores ejecutivos y los directores dominicales donde los directores independientes son aquellos nombrados por su independencia y profesionalismo, los directores ejecutivos son los que provienen de la línea ejecutiva al haber desempeñado (o continuar desempeñando cargos ejecutivos en la empresa) y los directores dominicales son aquellos que representan a los accionistas titulares de participaciones significativas.(p. 4)

Nuestra LGS, no hace una división sobre los directores de la sociedad como lo hace el Informe Olivencia. Sería importante que en un futuro adopte esta división pues sería de gran ayuda saber esta distinción a la hora que la Junta decida escoger a los directores de su sociedad. Además, consideramos que si bien hemos dicho que debería haber un número reducido de directores y que estos de preferencia deben ser en su mayoría independientes, los otros dos grupos establecidos en el Informe Olivencia deben estar también representados en el directorio de una sociedad, ya que, uniendo los distintos puntos de vista de los directores se podría mejorar y ayudar a alcanzar y desarrollar los intereses de la sociedad. Los directores ejecutivos al haber desempeñado o desempeñar cargos ejecutivos en la empresa, pueden tener un punto de vista o saber mejor

cuáles son las necesidades de la empresa y los directores dominicales al representar a los accionistas titulares de participaciones significativas, saben mejor cuáles son los intereses de estos y podrían explicarlos mejor para que luego todos juntos decidan si esto va en orden con el interés social de la sociedad o no.

El Gobierno Corporativo establece que los órganos de administración de la sociedad deben estar compuestos por directores independientes para lograr evitar favoritismos entre los distintos grupos de accionistas. Además, los directores independientes aportan su capacidad profesional y su eficiencia para el mejor desarrollo de la sociedad.

Los beneficios de contar con directores independientes es que estos no van a ser escogidos por sus vínculos con la sociedad, sino que van a ser escogidos por las buenas recomendaciones que se tengan de la persona, es decir, por su profesionalismo haciendo que sean imparciales ya que no se van a dejar guiar por lo que quieren los accionistas, por ejemplo, sino por lo que es mejor para la sociedad.

Estas dos características importantes de un director independiente que son profesionalismo e imparcialidad no lo vamos a encontrar en ningún otro tipo de director y ayudan a desconcentrar el poder al interior de la sociedad.

D) Estructura y funcionamiento del Directorio.

A continuación, pasaremos a explicar la estructura del directorio donde nos centraremos básicamente en las funciones del presidente y del secretario.

Al respecto menciona Elías Laroza (1999), menciona lo siguiente:

“Que el presidente del directorio es la persona responsable de realizar las convocatorias del directorio. Salvo disposición contraria del estatuto, quien ocupe dicho cargo es el que preside las juntas generales de accionistas.” (p. 435).

Así también lo establece el artículo 167° de la LGS peruana. Esto es así porque es necesario que haya una persona determinada que se encargue de unir a todos los miembros del directorio y se responsabilice de todo lo que sucede en la sociedad.

El Gobierno Corporativo considera necesario la actuación del presidente del Directorio para asegurar el Buen Gobierno de las sociedades anónimas. Por este motivo se recomienda que el cargo de presidente de directorio no recaiga sobre la misma persona que el gerente general ya que de ser así se estaría acumulando demasiado poder en una misma persona lo cual no es lo más óptimo por los motivos explicados anteriormente.

Sasot Betes & Sasot (1980), señalan expresamente lo siguiente:

En cuanto cuerpo colegiado, el directorio requiere que alguien tenga la atribución, pero también la obligación de convocarlo a reunirse cada vez que las circunstancias lo exijan, o los estatutos lo determinen, así como también quien oriente sus deliberaciones, proclame sus decisiones y vele porque se deje constancia fidedigna de los acuerdos tomados en cada reunión (pp.400-401).

El numeral 6 del artículo 188 de la LGS peruana, establece que corresponde al Gerente General asumir la función de secretario tanto del Directorio como de la Junta General de Accionistas. Así pues, el cargo de secretario no es considerado un cargo independiente del de gerente general, sino que en nuestra legislación ambos cargos se unifican.

Esto puede llegar a ser perjudicial para la sociedad por lo que consideramos que el cargo de secretario no debería de recaer en el Gerente General pues le quita autonomía al cargo.

Los artículos 135° y 137° de la LGS peruanas, señalan algunas de las funciones que tiene el secretario como son, la elaboración de las actas de la Junta General de accionistas y el Directorio, la suscripción de las mismas, así como la de registro, archivo y custodia de las actas.

La forma como debe funcionar el directorio, se encuentra normada en el artículo 167° de la LGS sobre la convocatoria, donde se prescribe que, el presidente del directorio o quien desempeñe sus funciones, está obligado a realizar la convocatoria en los plazos y oportunidades que determine la norma estatutaria y, siempre que lo crea conveniente en aras del interés social o cuando lo requiera el gerente general o determinado director. Sólo en caso que el presidente no cumpla con convocar a sesión en el término de diez días siguientes o en la oportunidad prevista en la petición; siendo además que, la norma faculta para que la convocatoria la pueda hacer cualquier director.

La convocatoria es realizada, de conformidad con lo que señala la norma estatutaria y, en su defecto, mediante esquelas con cargo de recepción siempre que se haga con una anticipación no menor de tres días salvo que el estatuto señale otra forma de convocatoria. Además, las convocatorias deben señalar día y hora de la reunión y los asuntos a tratar.

Las sesiones deben ser convocadas por el presidente con anticipación. Al igual que en el caso de los accionistas, los directores deben de tener con anticipación al directorio toda la información necesaria para poder tener tiempo suficiente para poder analizarla y en base a ello tomar la mejor decisión para la sociedad.

El artículo 170° de la LGS establece lo siguiente con respecto a las actas:

“Las deliberaciones y acuerdos del directorio deben ser consignados, por cualquier medio, en actas que se recogerán en un libro, en hojas sueltas o en otra forma que permita la ley y, excepcionalmente, conforme al artículo 136.

Las actas deben expresar, si hubiera habido sesión: la fecha, hora y lugar de celebración y el nombre de los concurrentes; de no haberhabido sesión: la forma y circunstancias en que se adoptaron el o los acuerdos; y en todo caso, los asuntos tratados, las resoluciones adoptadas y el número de votos emitidos, así como las constancias que quieran dejar los directores.

Si el estatuto no dispone de manera distinta, las actas serán firmadas por quienes actuaron como presidente y secretario de la sesión o por quienes fueron expresamente designados para tal efecto. El acta tendrá validez legal y los acuerdos a que ella se refiere se podrán llevar a efecto desde el momento en que fue firmada, bajo responsabilidad de quienes la hubiesen suscrito. Las actas deberán estar firmadas en un plazo máximo de diez días útiles siguientes a la fecha de la sesión o del acuerdo, según corresponda.

Cualquier director puede firmar el acta si así lo desea y lo manifiesta en la sesión. El director que estimare que un acta adolece de inexactitudes u omisiones tiene el derecho de exigir que se consignen sus observaciones como parte del acta y de firmar la adición correspondiente.

El director que quiera salvar su responsabilidad por algún acto o acuerdo del directorio debe pedir que conste en el acta su oposición. Si ella no se consigna en el acta, solicitará que se adicione al acta, según lo antes indicado. El plazo para pedir que se consignen las observaciones o que se incluya la oposición vence a los veinte días útiles de realizada la sesión.”

E) Diferencias entre las calidades de accionista, director y gerente en la LGS

Teniendo en cuenta nuestra legislación, podemos señalar que las calidades de cada institución jurídica societaria, llámese accionista, director o gerente posee sus propias características, atribuciones y obligaciones.

De acuerdo a señala Northcote Sandoval (2014), lo siguiente:

“lo interesante de estas situaciones es que, salvo restricción estatutaria, una misma persona podría reunir la calidad de accionista, de director y de gerente” (p. 1).

Es por esta situación que nos es necesario comprender la separación e independencia existente entre estas calidades o situaciones jurídicas societarias. Podemos ver que se pueden generar confusiones al respecto.

Desde el punto de vista de la retribución, comenta Northcote Sandoval (2014) lo siguiente:

[...] los accionistas tienen derecho a participar de las utilidades que genera la sociedad. Por su sola condición de accionistas no reciben un sueldo o retribución, pero si un accionista ocupa además un lugar en el directorio, entonces tendrá derecho a recibir la dieta por el ejercicio del cargo de director y los dividendos que correspondan por sus acciones. Y si, además, esta misma persona ocupa el cargo de gerente, recibirá también la retribución o sueldo asignado para dicho cargo. No existe en ese sentido, ningún impedimento para que una misma persona sea accionista, director y gerente de una sociedad, y que reciba las utilidades, dietas y sueldo correspondiente a cada una de estas calidades (p. 4).

En relación al nombramiento, remoción y renuncia, podemos indicar que en el caso que, una misma persona reúna la calidad de accionista, director y gerente, debe quedar claro que la designación, así como la remoción o renuncia a una condición no afecta a las otras. Vrg: Para que una persona deje de ser accionista, es necesario que transfiera sus acciones a otra persona, suscribiendo el contrato pertinente.

No obstante, el referido acto jurídico, no afecta la condición o situación jurídica de director, ni la de Gerente, dicho de otro modo, la pérdida de su situación jurídica como accionista, no implica que este pierda la condición de director o la de Gerente. La misma suerte acarrearía, si esta persona renuncia o es removida del cargo de director, caso en el cual no deja de ser accionista o de ser Gerente; en el extremo de la situación si la persona renuncia o es removida en el cargo de Gerente ello no significa que deje de ser accionista o director.

F) Supervisión del grado de adhesión a las recomendaciones de buen gobierno corporativo en la sociedad anónima, cumplidos o explicados

Los principios de Buen gobierno corporativo, como su mismo nombre lo indica, no son normas imperativas por lo que queda a la voluntad de la sociedad acogerse libremente a cumplirlos. Sin embargo, siguiendo el modelo español, la CONASEV (Ahora denominada la SMV) ha decidido mediante Resolución Gerencial General N° 096- 2003-EF/94.11 de fecha 27 de noviembre de 2003, que a partir de enero del 2005 las sociedades anónimas emisoras de valores inscritos en el Registro Público del Mercado de Valores deberán incluir en sus memorias anuales el grado de adhesión a los principios de Buen Gobierno Corporativo societario.

Consideramos que, si bien esto puede servir para ayudar en la protección de los accionistas minoritarios, dado que, les da una mayor información sobre el manejo de la empresa, también es cierto que muchos principios no pueden catalogarse en una esquila de 0 a 4 para ver el su grado de adhesión, sino que, simplemente, o se cumplen o no se cumplen; no puede haber un término medio.

Por ejemplo, el principio 4 (I.C.4.I) establece: “El estatuto no debe imponer límites a la facultad que todo accionista con derecho a participar en las Juntas Generales pueda hacerse representar por la persona que designe.” En este caso, si el estatuto impone límites a la facultad del accionista para hacerse representar en las Juntas Generales por la persona que designe, automáticamente la sociedad se verá en la obligación de poner “0” en el grado de cumplimiento del principio.

No podría graduar su escala de acuerdo a la cantidad de trabas que se establezcan en el estatuto para impedir la representación de un accionista en la junta; aceptar esto sería ilógico con el objetivo de la norma.

1.2.11***Código de Buen Gobierno Corporativo – Sociedades Peruanas***

Describimos algunos de los contenidos por considerarlos prioritarios:

a. Paridad de trato:

Este trato igualitario a los accionistas de la misma clase y que mantienen las mismas condiciones, no supone en ningún caso el proporcionar información privilegiada en perjuicio del resto.

Existe en el seno de una sociedad anónima, accionistas cuyas particularidades hacen que se distinga unos de otros, vgr.: inversionistas no controladores, inversionistas institucionales, etc.)

b. Participación de los accionistas:

Este derecho implica que, de acuerdo a la naturaleza jurídica y/o nomenclatura de las acciones que posea el accionista podrá participar y ejercer el derecho al voto en las Juntas Generales de Accionistas.

Además, la Sociedad en sus documentos societarios establece la forma de representación de las acciones y la persona responsable del registro y permanentemente actualizada en la matrícula de acciones.

c. No dilución en la participación en el capital social:

Supone que las propuestas del Directorio respecto de las operaciones corporativas que puedan afectar el derecho de no dilución de los accionistas, sean explicadas con la debida anticipación por aquel órgano con un informe detallado previa opinión del asesor externo de reconocida solvencia profesional, que será puesto a disposición de los demás accionistas.

d. Información y comunicación a los accionistas:

Se trata, en síntesis, que la Sociedad determine los responsables o medios para que los accionistas reciban y requieran información oportuna, confiable y veraz. Esta comunicación podría solicitarse, proporcionarse o recibirse a través de correo electrónico, vía telefónica, página web Corporativa, correo postal, reuniones

informativas o la página web de la SMV que es el principal medio de comunicación con los accionistas. Para lograr un máximo acceso a la información y/o comunicación debe de ejecutarse en plazos determinados y perentorios y además que, la Sociedad debe contar con mecanismos óptimos a fin de que los accionistas puedan expresar sus opiniones sobre la marcha y despliegue de la misma.

e. Participación en dividendos de la sociedad:

Es conveniente, señalar que, la política de dividendos no es necesario una evaluación de periodicidad definida, se hará sólo cuando la situación lo amerite. Consecuentemente dicha política de dividendos será puesta en conocimiento de los accionistas a través de la página web de la SMV.

Esta política de dividendos, implica repartir al menos un monto equivalente el 20% de Ganancias Neta del ejercicio inmediato anterior, sujeto a las necesidades financieras de la empresa.

f. Arbitraje para solución de controversias:

La interrogante, es la siguiente ¿El arbitraje es un mecanismo de solución de controversias entre accionistas y entre estos y el directorio?

Idóneo será, siempre y cuando no afecte negativamente el valor de la Sociedad. No obstante, los estatutos de la Sociedad Anónima deben prever y considerar la decisión de los accionistas y los miembros del directorio en someter al conocimiento de un tercero – arbitro único o tribunal arbitral – la controversia o conflicto originada entre las partes, salvaguardando los intereses de los accionistas minoritarios, puesto que por lo general se encuentran en desventaja frente a las mayorías accionarias y, consecuentemente de la propia organización empresarial.

1.3. Orientación jurisprudencial entorno a la aplicación normativa

Teniendo en cuenta, la formulación del problema basada en la interrogante ¿Qué factores internos de la Sociedad Anónima influyen en la protección jurídica del accionista minoritario? y, a efectos de otorgar una respuesta, sobre hacia donde está orientada la jurisprudencia en torno a la aplicación normativa, podemos dar una mirada de las jurisprudencias extranjeras y, posteriormente a la jurisprudencia nacional para apreciar el especial tratamiento que le dan a los factores internos que influyen en la protección jurídica del accionista minoritario.

1.3.1 Jurisprudencia Extranjera:

a) Sentencia del tribunal supremo STS 3850/2014 emitida por la Sala Primer del Tribunal Supremo en la Villa de Madrid con fecha veintitrés de septiembre de dos mil catorce:

En esta sentencia del tribunal supremo español, podemos ver que, los demandantes, socios accionistas minoritarios (D. Alberto, D. Edmundo y D. Joaquín), interpusieron demanda contra las compañías Cuevalosa S.A.; Cuevalosa La Nueva, S.L. y Nueva Grapa, S.L. solicitando se declare la nulidad de las aportaciones a las dos últimas empresas de fincas segregadas de la empresa matriz, incorporada en el patrimonio social de la primera de las mencionadas sociedades, en realización del procedimiento de aumento de capital, por el hecho de materializarse el abuso de las potestades del apoderado que actuó en la representación de Cuevalosa, S.A., y en fraude de los derechos que los accionantes tenían como socios de ésta última.

Ocorre que, el juzgado de primera instancia, declaró fundada la demanda en todos sus extremos, desestimando los recursos de apelación que interpusieron las demandadas en contra la sentencia de primera instancia. Por consiguiente, las entidades Cuevalosa la Nueva, S.L. y Nueva Grapa, S.L., interpusieron recurso de casación, cuestionando 3 puntos, siendo uno de ellos que se encuentra íntimamente

relacionado con el tema materia de investigación de la presente tesis, el mismo que trata sobre la legitimación de los socios para pedir la nulidad de los negocios jurídicos celebrados por la sociedad.

Ante esto, las entidades sustentaron su posición, en síntesis, alegando que la sentencia recurrida incurre en vicios e irregularidades, al validar la legitimación a los accionantes, en su petitorio de nulidad de los negocios jurídicos convenidos por la sociedad, de la cual son accionistas, cuando éstos intervienen en el proceso exclusivamente como socios de Cuevalosa, S.A.

Al respecto, advierten que tales socios, carecen de legitimación al no ser obligados principales o subsidiarios, así como tampoco terceros perjudicados de tales negocios jurídicos, en tanto que son socios de una de las partes intervinientes en los negocios impugnados, amparando su tesis las sentencias de esta Sala de 5 y 21 de noviembre de 1997.

Al respecto, la Sala antes mencionada, a fin de tomar su decisión, indica que dicho tema en cuestión, ha sido abordado en la sentencia num. 215/2013, de 8 de abril (recurso de casación núm. 190/2011), declarando en dicha sentencia lo siguiente:

“Es cierto que la Sentencia de 5 de noviembre de 1997 (recurso núm. 2849/1993) entendió correctamente denegada a los socios de una sociedad la legitimación para pedir la nulidad de la compraventa realizada por la sociedad, en un supuesto en que la venta era atacada porque se aducía que el administrador "ha obrado en contra de los deberes que le incumben, derivándose un perjuicio para los accionistas, en otros términos, en beneficio de la sociedad compradora y sin requerirlo el fin social". Argumentaba que "ello no les da la condición de terceros perjudicados, sino la de socios perjudicados, que pueden accionar de acuerdo con el art. 134 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (TRLSA), no fuera de las normas societarias [.....]. El derecho societario sería un verdadero caos si se admitiese lo contrario, olvidando los efectos de toda actuación representativa en su ámbito.” (pp.5-6).

Bajo este supuesto, la Sala Primera del Tribunal Supremo Español, concluye que, en el presente caso, se puede apreciar que, la nulidad por causa ilícita, se habría celebrado para defraudar los derechos de los socios minoritarios demandantes, por lo que en aplicación de la doctrina contenida en la sentencia parcialmente transcrita lleva a considerar que los accionantes se encontraban legitimados para incoar la nulidad que fue considerada, por ser titulares de un interés inmediato al aducir el daño y perjuicio patrimonial originados por los negocios jurídicos impugnados, razón por la cual desestimó este motivo, entre otros, de la citada casación.

Por otro lado, a mérito de la ilicitud de la causa, la referida Sala Primera, señala que, la sentencia recurrida, declara que los contratos impugnados eran nulos por ilicitud de la causa, puesto que constituyeron un procedimiento destinado a burlar los derechos de los accionantes los mismos que ostentaban la calidad de socios accionistas de Cuevalosa, S.A., mediante la escisión y aportes de las partes más importantes que conformaba el principal activo del patrimonio social de Cuevalosa,

S.A. a las sociedades Cuevalosa la Nueva, S.L., y Nueva Grapa, S.L., como aportes no dinerarios a varios incrementos de capital, y la ulterior venta de las participaciones sociales (que a cambio recibió Cuevalosa, S.A.) a empresas administradas por los accionistas mayoritarios de esta, a un precio de mercado por debajo del valor real.

Cabe precisar que, el hecho que tomara en cuenta la Sala, para determinar tal ilicitud de la causa y, consecuentemente, la nulidad del contrato y, por ende, la desestimación del recurso de casación interpuesto por "Cuevalosa La Nueva, S.L." y "Nueva Grapa, S.L.", y los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por "Cuevalosa, S.A.", contra la sentencia de 31 de enero de 2012, emitida por la sección vigésima de la Audiencia Provincial de Madrid, mediante recurso de apelación núm. 556/2010 , originada de las actuaciones procesales de juicio ordinario núm. 904/2009, seguidas ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 90 de Madrid, fue que estos actos jurídicos se integraran en un modus operandi orientado a dejar sin patrimonio a Cuevalosa, S.A. en perjuicio de las minorías accionarias.

1.3.2 Jurisprudencia Nacional

a) Sentencia del Tribunal Constitucional, emitida en Lima, a los 4 días del mes de abril de 2011, mediante sesión de Pleno Jurisdiccional, pronuncia la referida Sentencia recaído en el Exp. N° 00228- 2009PA/TC:

La presente y única jurisprudencia nacional, relacionada con el abuso de las mayorías accionarias y la protección jurídica de las minorías accionarias en la sociedad anónima, se origina con el siguiente asunto: Recurso de agravio constitucional incoado por la señora Flor de María Ibáñez Salvador, contra la resolución de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de nuestro país, de fecha 17 de septiembre de 2008, que declara improcedente la demanda de autos.

Como antecedente del citado recurso de agravio constitucional, se tiene que, con fecha 07/12/2007, la agraviada presenta una acción de garantía de amparo contra la Empresa Agraria Chiquitoy S.A. y otros, con la finalidad de que el Tribunal Constitucional declare nulos los acuerdos aprobados en Junta de Acreedores de la Empresa Agraria Chiquitoy S.A. de fecha 6 de diciembre del 2006, que son expresamente, los siguientes:

“ a) La aprobación de la Adenda N° 1,

b) La aprobación de la reducción del capital social a 0,

c) Aprobación del aumento del capital social por capitalización de créditos con invitación únicamente a los acreedores de clase C),

d) La aprobación de la capitalización de créditos de las empresas Cartavio S.A. y FODINSA y todos los acuerdos derivados de dicha aprobación.” (p. 2)

Petición de la demandante

Respecto de éstos acuerdos, de conformidad con la sentencia, se puede apreciar que, la demandante solicita la anulación de los referidos acuerdos y, que se le restituya plenamente su derecho respecto de la propiedad y titularidad de las acciones de las cuales era titular en la empresa demandada Chiquitoy S.A. y, por ende, la restitución de la situación jurídica de socio accionista de la empresa antes mencionada, incluido todos sus deberes y derechos inmanentes que poseen como tales, en la medida que, los citados acuerdos, lesionan sus derechos constitucionales (libertad de empresa, a la libre iniciativa privada, a la propiedad, al debido proceso societario y; al veto de la arbitrariedad.

Fundamento de la demandante

De acuerdo al fundamento 1 de la citada sentencia del referido tribunal, la demandante, fundamenta su petitorio, afirmando que en Junta de Acreedores, de forma ilícita y, en mérito a un procedimiento “irregular”, se acordó adoptar la adenda N° 1, acordándose la reducción a 0 (cero) del capital social de la empresa concursada Chiquitoy S.A., señalando que, pese a que en la agenda, se había tomado en cuenta el derecho de suscripción preferente de los accionistas de la sociedad anónima, no obstante, se incluyeron cláusulas absurdas:

“a) la inclusión de cláusula que exigía el pago en efectivo del total de las acciones suscritas, en el mismo momento de la junta.

b) la falta de publicidad del procedimiento aplicable; por lo que no se respetaron las condiciones mínimas para el ejercicio del derecho de suscripción preferente, establecidas en la Ley General de Sociedades, en los artículos 207°, 208° y 209°.” (p. 3 y 4)

En relación a la cláusula irrazonable, que hacía exigible el pago en efectivo por el total de las acciones suscritas, en el mismo momento de la realización de la junta, no permitió que los accionistas tengan el conocimiento básico sobre las sumas de dinero que necesitaba saber para efectuar la prestación de obligación de dar suma de dinero por la suscripción preferente; hecho que no ocurrió así, en la medida que, no se efectuaron las operaciones matemáticas de cálculo de la suma ascendente requerida para tal fin; de igual forma, no fijó las reglas del momento en que se materializaría el ejercicio del derecho de suscripción preferente; tampoco se tomó en consideración lo prescrito en el artículo 208 de la Ley General de Sociedades.

En lo que concierne a la falta de publicidad, no se entregaron los certificados de suscripción preferente, documentos que facilita conocer de toda la información indispensable para la suscripción (principio de publicidad) y, además, posibilitan la enajenación de sus acciones y de su derecho de suscripción preferente, en el supuesto que quienes enajenen se encuentren impedidos de suscribir nuevas acciones. Además, una cuestión que la recurrente afirmara, sobre el desenvolvimiento de la Junta, en la que no se invitó a los socios a suscribir acciones, en virtud del derecho de preferencia que ostentaban, máxime cuando, el presidente de la Junta tenía pleno conocimiento de que había concurrido a la referida Junta.

De todo lo expuesto, se puede apreciar que, a todas luces, existió una arbitrariedad manifiesta, en todo el iter de la celebración de la junta, en el sentido que, no existió la oportunidad de la convocatoria a los accionistas a fin de que puedan ejercer el derecho de suscripción preferente, hecho que privó el ejercicio del mismo, ocasionando, una merma de su proporción accionarial, respecto del patrimonio de la sociedad y, por ende, de sus derechos políticos, además de un desmedro absoluto de las acciones que tenía en la empresa concursada Chiquitoy S.A.

Advierten que, el perjuicio absoluto antes mencionado, se configuró, en la medida que, las empresas demandadas FODINSA y CARTAVIO S.A.C., tomaron la decisión de reducir el capital social a 0 y, posteriormente incrementarlo, mediante el mecanismo de capitalización de créditos correspondientes a la Clase C, esto supone, sólo con los créditos que a dichas empresas les pertenecía.

Consecuentemente, es de verse que, pese a una evidente arbitrariedad, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de la Libertad declaró improcedente liminarmente la acción de garantía constitucional, al señalar que, dicha acción de garantía, por tener un carácter residual, no era la del iter procesal correspondiente para resolver el conflicto propuesto por la accionante, puesto que, en el caso materia de controversia existía una determinada vía procesal potencialmente satisfactoria, normada en el artículo 132° de la Ley N° 27809, Ley General del Sistema Concursal. De igual proceder fue de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, al confirmar el auto que declaro resolver improcedente la demanda, indicando que, en ésta materia, la vía procedimental es el proceso contencioso administrativo, toda vez que, lo cuestionado era un acto administrativo cuyo origen proviene del proceso concursal seguido en contra de la Empresa Agraria Chiquitoy S.A.

Cuestiones de Fondo

Respecto de este acápite, de la referida sentencia y, de cuya amplia exposición de la misma, podemos rescatar los razonamientos más importantes esbozados, entre otros.

Sobre la eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. El caso de las situaciones de indefensión

En relación a esta cuestión, el fundamento 22 de la sentencia en referencia, señala lo siguiente:

“22. En primer lugar, es necesario establecer la eficacia que los derechos alegados por la actora ostentan en la relación jurídica dada entre ella y las empresas demandadas, dada la naturaleza de personas jurídicas de derecho privado de éstas. En nuestro país, el Tribunal Constitucional ha sustentado la eficacia horizontal de los derechos fundamentales de una manera amplia y consolidada y lo ha hecho en base a tres órdenes de razones:”

Al respecto, podemos sintetizar las tres razones que sustentan la efectividad de los derechos fundamentales, según sentencia. a) La Primera de ellas basada en el Principio-derecho de dignidad humana contemplado en el artículo 1° de la Constitución, teniendo en cuenta que, el fin supremo de la estructura del Estado y la esencia objetiva de convivencia, va en consonancia con la preponderancia esencial de la dignidad de la persona humana, por medio del cual, impone sus derechos fundamentales que regulan el contexto de la sociedad y de la autonomía de la voluntad;

c) La segunda, está sustentado en el deber derivado del artículo 38° de la Constitución, que reza lo siguiente: “todos los peruanos tienen el deber de respetar y cumplir la constitución” y; c) la tercera, responde a la concepción objetiva de los derechos fundamentales, imponiendo al Estado una actividad especial, interviniendo en hechos en los que resulten vulnerados estos derechos. Por lo que, en definitiva, a nivel procesal, dicho Tribunal, ha establecido la eficacia inmediata de los derechos, fundamentalmente en las relaciones inter privados, de conformidad con el artículo 200° inciso 2 de la Constitución, que establece:

“la acción de amparo, (...) procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona”.

Ahora bien, en el fundamento 24 de la sentencia, podemos apreciar algunas acotaciones que el Tribunal ha plasmado y, que se refieren al ámbito de la relación sinalagmática establecida entre personas en pleno ejercicio de su autonomía, que pueden ser objeto de un sistema injusto, en el cual el socio más vulnerable puede claudicar en sus derechos e intereses frente al más fuerte, ésta relación no justa del acondicionamiento de un socio sobre el otro, se puede entender, atendiendo al poder político , social o económico que una de las partes ostenta y, es precisamente, esta cuestión, lo que ocurre en las Sociedades anónimas, donde existen socios accionistas que representan a los mayoritarios frente a los accionistas minoritarios, que viene a ser la parte más vulnerable, donde se produce lo que señala el Tribunal en la sentencia materia de estudio:

“24. [...] Cuando dichas imposiciones son producto de una relación jurídica establecida entre dos personas, donde una de ellas tiene un poder de mando o dirección sobre la otra que debe obedecer los mandatos impelidos, se produce una afectación ius fundamental por subordinación. [...] estas imposiciones son efectuadas simplemente en mérito a que una de las partes ejerce de hecho un poder sobre la otra parte sin que ésta tenga la posibilidad o los medios de resistir, se produce una afectación iusfundamental por indefensión.” (p. 18)

Debo reconocer que, lo plasmado por el Tribunal, respecto a los acuerdos adoptados por las mayorías, en virtud del ejercicio de su poder económico, que sin lugar a dudas una cuestión ineludible, que acontece el seno de las sociedades comerciales, a los cuales se sujetan los demás socios, siendo muchas de las veces, decisiones que vulneran o afectan en cierto grado los derechos fundamentales, poniendo en zozobra a los socios accionistas minoritarios que, no tienen los medios ni mucho menos la posibilidad de resistir tal afectación, colocándolo realmente en una situación de indefensión, tal como expresamente lo prescribe in fine el fundamento 25 de la referida sentencia:

“25.[...]Así, puede presentarse en determinadas circunstancias, sobre todo cuando la Ley General de Sociedades no recoge el derecho de oposición de los accionistas e, incluso aun cuando lo recoja, que una decisión de la mayoría accionarial afecte gravemente los derechos de los accionistas minoritarios, remediable sólo a través de los recursos judiciales respectivos.” (p. 18)

Sobre la Constitución Económica y los derechos fundamentales económicos a la propiedad y la libre iniciativa privada

En atención, a otras de las cuestiones que nos interesa en la investigación materia de la presente tesis, es necesario tener en cuenta lo expresado por el citado Tribunal, en su fundamento 26:

“26. [...] En el presente caso, a efectos de determinar los criterios de legitimidad constitucional de la operación societaria denominada “operación acordeón” y de establecer, luego, la validez constitucional de los acuerdos de Junta de Acreedores impugnados por la parte demandante, es necesario precisar primero los principios y contenidos ius-fundamentales que rigen e inspiran el régimen económico recogido en nuestra Constitución” (p.18)

Partiendo de la premisa anterior, es imprescindible precisar los principios y contenidos ius fundamentales que regulan e incentivan el régimen económico, previsto en la constitución política del Perú, máxime cuando lo plantea a priori, en el fundamento 12 de la resolución en mención, como si se tratara de desarrollo económico de una sociedad, supeditada a los intereses monetarios y/o lucrativos de la empresa societaria, los socios y; en el caso concreto, a los acreedores. Esto supone que, en esta conjunción económica, se concretizan en un contrapeso anhelado entre los intereses de los agentes económicos y de la sociedad en general; sobre todo, el acatamiento riguroso de los valores y de principios que estimulan el régimen de la economía abierta, todo en torno de una doctrina constitucional de una economía de mercado y la economía social de mercado.

Ahora bien, el fundamento 28 de la mencionada sentencia, que trata sobre el modelo ius fundamental económico en nuestra constitución, indica que nuestra carta magna de 1993, recoge expresamente el modelo económico constitucional conceptuado como “economía social de mercado”, modelo ius fundamental económico que pretende garantizar la libre competencia, promoviendo el desenvolvimiento de la aptitud de producción individual, motivando la creación de riqueza, el progreso social en aras de resguardar un sistema de salvaguarda de los sectores económicamente vulnerables. En síntesis, el referido modelo económico para ser constitucionalmente admisible, este debe guardar armonía no solo con la eficiencia económica y social, sino que debe significar la materialización del fundamento antropológico-cultural, que se encuentra engarzado con el principio – derecho de dignidad humana, por ser este el complemento perfecto que respalde o ampare la consecución

del fin supremo del Estado y la Sociedad.

De los derechos fundamentales económicos recogidos en nuestra constitución

El derecho de propiedad

El fundamento 35 de la referida sentencia, señala que el sustento constitucional del derecho de propiedad se encuentra establecido en los incisos 8 y 16 del artículo 2 de nuestra constitución, que es concebido como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Sin embargo, para el derecho constitucional, tiene otra connotación mucho más amplia, que abarca, por ejemplo, en el caso concreto, las acciones de una sociedad anónima, tal como se puede apreciar del texto esbozado por el referido Tribunal Constitucional:

35. [...]Sin embargo, tal como ha establecido este Colegiado en consolidada jurisprudencia, el concepto constitucional de propiedad difiere y, más aún, amplía los contenidos que le confiere el derecho civil. Así, mientras que en este último el objeto de la propiedad son las cosas u objetos materiales susceptibles de valoración, para el derecho constitucional la propiedad no queda “enclaustrada” en el marco del dominio y de los derechos reales, sino que abarca y se extiende a la pluralidad *in totum* de los bienes materiales e inmateriales que integran el patrimonio de una persona y que, por ende, son susceptibles de apreciación económica (STC 0008-2003-AI/TC, fundamento 26), como son, por ejemplo, en el presente caso las acciones de una sociedad anónima.

Partiendo de esta definición de propiedad y, engarzada con la “inviolabilidad” invoca el artículo 70° de la Constitución, que debe interpretarse no únicamente como el veto de participaciones del irrestricto ejercicio de las facultades mencionadas, clásicos del derecho de propiedad; asimismo, como garantía de indemnidad o conservación de la totalidad de la masa patrimonial de la persona.

Bajo dicho escenario, la definición de la propiedad privada, configurado como un aval institucional, incluye el conocimiento de las garantías que, a la par, serán aprobadas con la finalidad de admitir al propietario las prerrogativas de oponibilidad del derecho.

Libre iniciativa privada

Se encuentra prescrito en el artículo 58 de la Constitución e íntimamente relacionado con el inciso 17 artículo 2 de la misma Carta Constitucional. Dicho dispositivo constitucional, nos señala que, toda persona natural o jurídica tiene la facultad legal de iniciar y desenvolverse con plena autonomía la actividad económica de su preferencia, mandar sobre sus bienes para la producción o intercambio económico con un fin crematístico o pecuniario.

Sobre el derecho de suscripción preferente de los accionistas. Finalidad y relevancia constitucional

De conformidad con el fundamento 38 de la mencionada sentencia y, coincidiendo con este, en el sentido que, resulta una tarea el establecer si el derecho de suscripción preferente, cuya lesión se aduce, para el caso materia de estudio, tiene connotación constitucional o si, solo se trata de una alternativa lege ferenda de protección de los derechos de las minorías accionarias, que no resulta exigible de forma directa, visto desde el prisma constitucional. Por lo que, a fin de dar una respuesta adecuada, constitucionalmente hablando, es indispensable ver cuál es la repercusión que la suscripción preferente tiene, en relación a la protección jurídica de la implicación accionaria de los accionistas minoritarios, así como con la propiedad que los socios tienen sobre la masa

total del accionariado de la sociedad.

Sobre el particular, podemos apreciar, del fundamento 35 de la aludida sentencia, que el concepto de propiedad, no solo comprende bienes materiales sino también los bienes inmateriales, que forma el patrimonio de una persona natural o jurídica y; que, además, poseen atributos de disposición y de garantías como la conservación y de inviolabilidad.

Bajo este contexto, las acciones de una organización societaria, considerados como bienes inmateriales que conceden al socio accionista, derechos políticos (sobre la organización y funcionamiento de la sociedad) y económicos (parte del capital social de la sociedad, derechos a las utilidades de las empresas, títulos valubles económicamente). Esta clasificación de bienes inmateriales, se encuentra recogido y previsto en el artículo 886, inciso 8 del Código Civil, como bienes muebles. Teniendo en cuenta, que las acciones de una sociedad comercial, son considerados como bienes muebles y, por ende, la propiedad sobre las acciones otorga al titular gozar de las prerrogativas y derechos inherentes como son el ius fruendi, ius utendi, ius vindicandi; atribuciones debidamente recogidas en el artículo 923 del Código Civil. Tal como lo señala in fine del fundamento 39 de la sentencia en mención:

“39. En esta perspectiva, la propiedad sobre las acciones de una sociedad comercial otorga a su titular el poder jurídico de usar, disfrutar, disponer y reivindicar este bien mueble e inmaterial, de acuerdo a las atribuciones inherentes

a la propiedad, establecidas en el artículo 923 del Código Civil.”

Aterrizando ya en un terreno jurídico comercial en general y del Derecho Societario, es necesario mencionar, a modo de síntesis, lo desarrollado por el Tribunal Constitucional autor de la presente sentencia, en su fundamento 40:

“40[.]las acciones cumplen tres funciones, en virtud de las cuales éstas pueden ser definidas de tres maneras distintas:

- a) La acción se define como parte alícuota del capital social (artículo 82 de la Ley 26887, Ley General de Sociedades)
- b) La acción, también se define como un derecho genérico que otorga a su titular la potestad de intervenir en el funcionamiento y rentabilidad de la sociedad emisora, otorgando la calidad de accionista a la persona que la haya suscrito.
- c) La acción comercial está incluida dentro de los valores mobiliarios, en la modalidad de valores representativos de derechos de participación, es decir, como el título que adquiere un valor económico en el mercado de valores. (artículo 257 de la Ley 27287, Ley de Títulos Valores)” (p. 24)

De lo plasmado en el párrafo anterior, el mismo Tribunal colige que las acciones le conceden al socio accionista la titularidad de derechos políticos, en relación a la administración de la sociedad, así como la propiedad de valores económicos específicos, que conforman del patrimonio del socio accionista; afirmando que, la intromisión en el espacio jurídico real o ficto de la propiedad de una acción, configurará la grave lesión de un atributo de la propiedad como bien jurídico constitucional.

Bajo esta mirada y, desde la óptica societaria, dicho Tribunal ha manifestado en resumen que, el derecho de suscripción preferente, configura una opción legislativa de beneficio de los intereses del socio accionista sobre los de la organización societaria; en buena cuenta, es un mecanismo legal que permite

al o los accionistas primigenios mantenerse en el control de la sociedad, en la medida que preserva o mantiene su accionariado porcentual y restringe la potencialidad de dominio a nuevos interesados que anhelan incorporarse a la sociedad en calidad de socios accionistas, con aportes de capital elevados.

Mucho más aún, cuando en aludido tribunal ha expresado in fine en su fundamento 42, lo siguiente:

“42.[...]En este orden de ideas, en la doctrina se ha destacado que el principal objeto del derecho de suscripción preferente es la defensa de los derechos políticos del accionista antes que sus derechos económicos. Y ello es así, porque el otorgamiento de beneficios económicos producto de la participación accionaria no es una consecuencia necesaria de dicha condición, pues bien cabe que en algunos casos la sociedad pacte el no reparto de dividendos o utilidades entre los accionistas; con lo cual, la adquisición de las nuevas acciones emitidas por la sociedad sólo asegura el mantenimiento del estatus político y no la mejora de los réditos económicos producto del grado de participación en el capital social.”

Partiendo de la concepción y/o definición del derecho de propiedad y del derecho de suscripción preferente, podemos ir arribando al núcleo medular de la incertidumbre jurídica, en relación a ambos derechos sobre las acciones societarias, cuyo número determinado va a repercutir en la cantidad porcentual de acciones que el socio posee; dicho de otro modo, la propiedad que el socio accionista tiene, le da la potestad de disponer sobre un número determinado de acciones; siendo distinto el porcentaje que dicho número de acciones representa en el capital social, en cierto modo, va a determinar la situación política y económica del socio en la organización jurídica societaria.

No obstante, en relación al derecho de suscripción preferente de acciones, recogido en el artículo 207° de la LGS y, definido éste como el derecho preferencial cedido a los socios para suscribir, a prorrata de su participación accionaria en el capital social, el mismo que, en circunstancias de ampliación de capital por aportaciones nuevas o de acciones que se creen. Su objetivo, por tanto, a primera vista, es conservar su participación relativa al capital social, a efectos de mantener su posición política que ostentaba antes del aumento y, de continuar disfrutando del mismo porcentaje en la distribución de los dividendos de la sociedad.

Por estas razones, es que el citado Tribunal en el fundamento 43 de la presente jurisprudencia, ha arribado a la siguiente conclusión:

43. [...]De todo ello puede colegirse que, la incidencia del derecho de suscripción preferente, prima facie, no se produce sobre la propiedad de las acciones, en tanto el “número determinado de éstas” en cabeza de un accionista determinado permanecerá invariable luego de una operación de aumento de capital, por ejemplo; sino que la relación de la preferencia en la suscripción se da en el derecho expectatio a seguir manteniendo la misma participación accionarial que se tenía antes de la operación de aumento de capital. El derecho de suscripción preferente, en consecuencia, incide directamente en la función política y económica del guarismo porcentual accionarial, mas no en la propiedad que el accionista tiene sobre “el número determinado de sus acciones”.

Es por las razones antes expuestas por el aludido tribunal, que concluye en su fundamento 44, en síntesis, lo siguiente:

“44. Desde un punto de vista constitucional, por tanto, el derecho de suscripción preferente no halla encaje constitucional *prima facie* en el derecho de propiedad, en tanto no constituye un atributo que tenga como finalidad preservar alguna de las cualidades de la propiedad sobre las acciones. Más bien, este derecho podría quedar encuadrado en el marco constitucional del derecho a la *libre iniciativa privada* [...]”

La reducción a 0 (cero) del capital social y la operación “acordeón”. Características de su adopción e incidencia en los derechos fundamentales a la propiedad, la libre iniciativa privada y la asociación

El presente tema abordado, según la citada jurisprudencia, es una cuestión que nos ayudará a determinar la afectación de la propiedad de los accionistas, según el fundamento 47 de la misma, amparado en la Ley General de Sociedades, que indica uno de los casos excepcionales, en que se podría afectar la propiedad de los accionistas, siendo este, el caso de reducción del capital social y, se encuentra previsto en los artículos 215° al 220° del mismo cuerpo normativo.

En efecto, una sociedad comercial puede proceder a reducir su capital social, en dos supuestos: A) cuando se origina una coyuntura de desproporción entre el capital social y el patrimonio neto de la misma o; B) cuando se producen mermas económicas que rebasen cierto monto. Producto de esta reducción probablemente se perjudique el patrimonio de los accionistas de dos formas: a) Disminuir el número de acciones a prorrata de sus aportes que tiene en la

sociedad o; b) Disminuirse el precio nominal de cada acción.

Son por estas razones que, el Tribunal afirma que la afectación de la propiedad, respecto de la reducción de capital, se encuentra debidamente justificada, desde el punto de vista constitucional, tal como lo prescribe expresamente in fine de su fundamento 47:

“47. [...]Desde una óptica constitucional puede afirmarse que la intervención sobre el patrimonio de los accionistas (sobre la propiedad de sus acciones) reviste una afectación leve o medianamente intensa, según el grado en que se reduzcan el número de las acciones o el valor de las mismas; sin embargo, dicha afectación resulta justificada en razón a la regularidad de la sociedad comercial que, producto del reajuste de capital, puede superar una eventual crisis económica. La estabilidad o continuidad societaria es considerada en este contexto como un bien mayor, además de constituir la condición bajo la cual puede desarrollarse justamente el interés económico de los accionistas.”

Por otro lado, el tribunal afirma en el fundamento 48 de la sentencia bajo comentario, entre otros argumentos que, ni la legislación societaria ni la regulación concursal han recogido y/o han previsto esta forma de intervención gravosa de reducción de capital a 0 (cero) y posterior aumento de capital, denominada “*operación acordeón*”.

Atendiendo a este fundamento, el Tribunal, ha concluido de modo categórico, lo siguiente:

48. [...]La no regulación de esta operación societaria o el silencio legislativo a este respecto no significan, en todo caso, que esta operación esté prohibida por el ordenamiento jurídico, pues en principio conforme lo postula el principio general de libertad contenido en el artículo 2, inciso 24, parágrafo a) de la Constitución de 1993: “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”. No obstante, para que esta operación sea admitida en nuestro ordenamiento jurídico, no basta que no esté prohibida por norma legal alguna, sino que es necesario que sea compatible con el conjunto de valores, principios y derechos que nuestra Constitución encarna.”

A la luz de esta afirmación, debemos entender que, si bien es cierto que, dicho *modus operandi* denominado “operación acordeón” no está prohibido por ley alguna, ésta debe de realizarse con pinzas o sumo cuidado, toda vez que, recae en un terreno bastante sensible o delicado, en el sentido que, se trata sobre los derechos de los accionistas que, por más que el capital pueda ser recuperado y, la sociedad prosiga o continúe su funcionamiento, ocurre la pérdida de las acciones y la titularidad de las mismas o dicho en otras palabras, su patrimonio accionario, como quiera que, el derecho de suscripción preferente, en el caso concreto, no restablecerá las acciones perdidas, dando más bien, oportunidad a los socios de suscribir nuevas acciones, trayendo como consecuencia lo que de modo enfático prescribe el fundamento 50 de la presente sentencia:

“50. [...] Ello es así porque, una vez efectuada la reducción a 0 (cero) del capital social, los accionistas pierden la titularidad de todas sus acciones, es decir, su patrimonio accionario es afectado en el grado máximo (afectación del derecho de propiedad) y, como consecuencia de ello, también pierden la calidad de accionistas, esto es, el atributo jurídico que los hace pertenecer a la sociedad (afectación del derecho a la libre iniciativa privada y derecho de asociación) [...]”

Sobre la legitimidad constitucional de la operación acordeón

Se desprende de la argumentación efectuada por el Tribunal, que la “operación acordeón” es un mecanismo práctico utilizado por las sociedades comerciales, cuando las pérdidas de una sociedad llegan a su grado máximo, resulta imprescindible la reducción del capital social a fin de compensar aquellas, teniendo en cuenta a que la situación de una gran mayoría de accionistas no le permite efectuar nuevas aportaciones que le den la posibilidad de sacar a la sociedad a flote, máxime cuando las mermas económicas que afectan a la empresa sólo serán retribuidas con el aumento del capital compensadas con un incremento aceptable del capital . Teniendo en cuenta que, este mecanismo es utilizado para lograr la continuidad de la sociedad, evitando la insolvencia de la misma y, por ende, la posterior disolución y liquidación, esto en armonía con lo prescrito en el inciso cuarto del artículo 407° de la LGS.

Esta situación de la continuidad de una sociedad comercial, guarda relación con los artículos 58°, 59°, 60° y 61° de la Constitución, que se refieren a la iniciativa privada, al estado promotor de la riqueza y garantizador la libertad de trabajo y libertad de empresa; el pluralismo económico. Y la facilitación y vigilancia que provee el Estado a la libre competencia. Por lo que, efectuando un cotejo de dos bienes jurídicos fundamentales, desde el punto de vista socioeconómico y comercial, permite apreciar la persistencia de la sociedad, por un lado, y los demás derechos fundamentales, por nombrar uno de los más importante: el derecho a la propiedad, entre otros derechos constitucionales relevantes de los accionistas minoritarios, por el otro; vislumbrando de esta manera que si bien el accionista podría verse vulnerado gravemente en el goce de sus derechos fundamentales, con la decisión de reducción a 0 (Cero) del capital social, peor sería la suerte de los socios accionistas perjudicados, si se impidiese la realización de la operación “acordeón”, y procederse a la disolución de la sociedad como lo prevé el artículo 407° inciso 4 de la LGS.

En este sentido, resulta evidente, desde una óptica constitucional, que la operación “acordeón” es más beneficiosa u ofrece protección de otro bien constitucional frente al otro mecanismo que no lo ofrece o lo ofrece en grado minúsculo, tal como se puede apreciar en un fragmento del fundamento 54 de la referida jurisprudencia, que expresamente señala:

“54. En consecuencia, ante dos circunstancias que pueden llevar a los socios o accionistas minoritarios a la misma afectación de su patrimonio accionario y de su derecho a la libre iniciativa privada y asociación (la reducción a cero y disolución de la empresa), y ante la protección constitucional que uno de los dos supuestos ofrece (la operación acordeón) en relación al otro (la disolución), resulta necesario desde una óptica constitucional preferir el supuesto que ofrece la protección de otro bien constitucional, frente al supuesto que no lo ofrece o que lo ofrece en grado muy mínimo y remoto. En esta perspectiva, no sería constitucionalmente admisible *prohibir* la adopción de la operación “acordeón”, si con ella puede alcanzarse la protección de un bien constitucional de acentuada relevancia en nuestro régimen económico como la libre iniciativa privada y si con ella no se produce una afectación más grave de otros derechos fundamentales que en el supuesto que no se adoptase”.

Partiendo de la premisa anterior, no comparto a plenitud la posición in fine del fundamento 54 bosquejado por el mencionado tribunal, en el sentido que es ilegítimamente inconstitucional, el concederles a los minoritarios el derecho a oponerse con la finalidad de que limiten u obstaculicen la aprobación de un acuerdo de esta naturaleza (operación acordeón); en la medida que, de no aprobar los acuerdos, acarrearía la afectación de todos de los socios minoritarios, en especial el derecho a la propiedad. Por tanto, para el tribunal esta cuestión es constitucionalmente importante, toda vez que, el no aprobarse la denominada operación “acordeón”, permitiría a los accionistas minoritarios, restringir la voluntad de los accionistas mayoritarios y, por ende, la consecución de las actividades empresariales, lo que supondría posibilitar un hecho de

“abuso del derecho” desdeñable, desde todo ángulo del prisma jurídico-constitucional.

Las razones por las que el autor de la presente investigación no comparte la posición del tribunal, son las siguientes:

- a) Permitir a los socios accionistas mayoritarios adoptar con total libertad reducciones de capital a 0 (cero), con posterior aumento de capital, conlleva un riesgo per se, en la medida que no se sabe a ciencia cierta cuales son las verdaderas intenciones de subyacen dentro de una sociedad comercial, respecto de los mayoritarios.
- b) Por poder tratarse de una cuestión amañada, de un pánico de quiebra o desequilibrio patrimonial que traería consigo el abuso del derecho por parte de los mayoritarios.

Lo anteriormente esbozado guarda armonía con lo expuesto por el tribunal en el fundamento 58:

“58. No obstante si bien tampoco el accionista minoritario puede oponerse a la adopción de una medida de este tipo, invocando sus derechos a la libre iniciativa privada y derecho de asociación, tampoco puede ser despojado del ejercicio de estos derechos sin protección constitucional alguna.[...]”

Incidencia en el derecho de propiedad

De lo expuesto sobre esta cuestión, el tribunal opina, partiendo de la premisa del derecho de la propiedad, que el *modus operandi* acordeón es legítimamente constitucional, no obstante, su aplicación debe sujetarse a una condición previa de viabilidad, concediéndosele a los socios el respectivo derecho de separación. Bajo este supuesto, el minoritario que se oponga al acuerdo de reducir el capital a 0 (cero), expresándolo de forma indubitable, podrá ejercer previamente, su derecho de separación, con la condición *sine quomodo*, que se le reembolse el valor de sus acciones, al precio actual y vigente de dicho momento, según el artículo 200° de la LGS.

Incidencia en el derecho a la libre iniciativa privada y el derecho de asociación y ejercicio del derecho de suscripción preferente

Siguiendo el razonamiento del tribunal en mención utilizado para justificar la implicancia de la operación “acordeón” en el derecho de propiedad, se considerará para el caso de la vulneración de los derechos antes mencionados y, consecuentemente, el efecto lesivo a la Constitución, una alternativa de solución a la sociedad de no llegar a aprobarse dicho acuerdo, cual es la disolución y liquidación de la misma.

En tal sentido, considero que el derecho de suscripción preferente, establecido con la finalidad de salvaguardar y mantener el posicionamiento de las acciones del socio accionistas, alcanza una mayor dimensión de su finalidad ius constitucional, constituyéndose en una capacidad de goce o ejercicio indispensable para conseguir la protección constitucional de los derechos arriba mencionados, en un hipotético caso de reducir a 0 (cero) del capital social.

En este aspecto, existe una argumentación del tribunal, vertida en el fundamento 59, de la presente sentencia, bastante interesante, en relación a la operación

“acordeón” y las condiciones de validez a que debe estar sujeto dicho mecanismo para ser constitucionalmente válida, siendo dichas condiciones, en síntesis, las siguientes:

- a) La operación acordeón debe ser idónea y necesaria para la consecución de los fines pretendidos
 - test de idoneidad -, como por ejemplo que se encuentre en un estado real y verdadero de disolución (test de necesidad), es decir, una medida de protección del accionista minoritario para evitar una maniobra empresarial que persiga en favorecimiento de ingresos de terceros o de los propios accionistas minoritarios. En virtud de esta condición, el socio accionista minoritario, haciendo valer su derecho de oposición puede examinar la necesidad de la medida.
- b) El que el accionista minoritario, una vez adoptado el acuerdo de reducción a 0(cero) y posterior aumento de capital social, que hay expresado de modo indubitable su oposición al mismo, pueda ejercer sus derechos de separación, consecuentemente solicitando se le restituya el valor de sus acciones (art. 200°LGS)
- c) Los accionistas que no hubieren ejercido el derecho de separación podrán ejercer el derecho de suscripción preferente.

Conclusión del caso en concreto según el tribunal constitucional en mención:

A efectos de plasmar las conclusiones en el caso concreto, consignamos las cuestiones de vulneración de sus derechos, en la junta de acreedores de la empresa concursada Agraria Chiquitoy S.A. de fecha 6 de diciembre del 2006, con sustento en tres razones, tal como lo señala el citado tribunal en su fundamento 60:

“a) El hecho de que no se establecieron los requisitos mínimos para el ejercicio del mencionado derecho, regulados por la Ley General de Sociedades en los artículos 207, 208 y 209, y consistentes, en el presente caso, en la información sobre el número de acciones a suscribir de modo preferente y los aportes dinerarios suficientes para la mencionada suscripción; además del otorgamiento del certificado de suscripción preferente que, concomitantemente a su carácter de título valor, constituye un instrumento de información de los datos requeridos para la suscripción de acciones.

b) La imposición de cláusulas manifiestamente arbitrarias en la Adenda N° 1, que tenían como único objeto impedir la suscripción de acciones, en alusión al hecho de que las acciones suscritas debían ser pagadas íntegramente y en efectivo en el momento de la Junta.

c) La ausencia de un momento de invitación a los accionistas para que ejerzan su derecho de suscripción preferente.”

Conforme a la bosquejado en la sentencia materia de análisis, el tribunal ratifica de que efectivamente, la junta de acreedores omitió efectuar el cálculo del número de acciones y aportaciones dinerarias pertenecientes a cada accionista, con la finalidad de permitir el ejercicio del derecho de suscripción preferente, información que debería aparecer en el certificado correspondiente, que no se hizo de conocimiento de los socios, según el artículo 209° inciso 4 de la LGS.

Dicho tribunal, afirma que, resulta obvio, que el derecho de suscripción preferente se afecte, si el accionista no tuviera la posibilidad de conocer el monto dinerario necesario para preservar su posición accionaria, procedimiento legal que se resume en dos requisitos necesarios concomitantes:

- a) Conocimiento previo de las acciones a suscribir y de los montos necesarios para ello (certificado de suscripción preferente con la información correspondiente)
- b) Plazo posterior a dicho conocimiento para el ejercicio del referido derecho (procedimiento de dos ruedas según la LGS).

En virtud de lo expuesto, se puede determinar que ha existido un procedimiento arbitrario e irrazonable al no haberse cumplido el procedimiento antes mencionado, para ejercer el derecho de suscripción preferente, máxime cuando se trata de una operación denominada “acordeón” bastante compleja y delicada, toda vez que, comprometía la propia esencia del accionista en la empresa concursada, colocando al accionista primigenio o minoritario en una situación de indefensión, es decir, a la recurrente que alego la vulneración de sus derechos.

Para finalizar, debemos anotar a manera de síntesis, lo desarrollado por el indicado Tribunal Constitucional en referencia, en los fundamentos 71 y 72 de la jurisprudencia constitucional que ha sido materia de análisis:

Del fundamento 71 de la presente sentencia que, se puede rescatar que el Tribunal ha sido muy claro en precisar que:

“71.[...] el carácter lesivo de las condiciones en que se llevó a cabo la mencionada reducción a 0 (cero) y aumento del capital social, va más allá de dicha determinación iusfundamental y ha afectado, desde la instauración de un procedimiento arbitrario e irrazonable, que puso en grave riesgo el ejercicio del derecho de suscripción preferente que, en el presente caso, comprometía, la presencia de la recurrente en su calidad de accionista en la sociedad y, por ende, el ejercicio de sus derechos a la libre iniciativa y asociación.”

De este modo, el tribunal ha determinado que, la Junta de Acreedores, ha conocido perfectamente las implicancias, al haberse cerciorado el cómo había regulado el modo de ejercer el derecho de suscripción preferente, por lo que de forma exprofesa encaminaron dicho procedimiento con el objetivo de que las sociedades emplazadas, terminen como totales dueñas de la empresa concursada, gracias a la capitalización de créditos de clase C, las mismas que pertenecían sólo al Complejo Agroindustrial Cartavio S.A.A. y el Fondo de Inversiones Diversificadas S.A.).

Dicha irregularidad, tuvo injerencia directa en el goce de los derechos de los minoritarios y de la propia esencia de libre iniciativa privada contemplada en nuestra Carta Magna Económica como cimiento del paradigma económico constitucional.

Por otro lado, mediante el fundamento 72 de la sentencia en mención, el Tribunal ha aseverado, respecto del derecho de propiedad de los accionistas:

“72.[...] , la afectación ius-fundamental ya había sido dispuesta en la propia Adenda N° 1 a través de su cláusula 2.4. (fojas 34 del cuaderno de la Corte Superior de Justicia de La Libertad), en la cual se excluyó la posibilidad de devolución de aportes a los accionistas. [...]”

Se puede apreciar de dicho apartado que, se vio gravemente afectado el derecho de propiedad, puesto que se suprimió un hipotético caso constitucional de ineludible ejecución en la expropiación de determinado bien.

Orientación Jurisprudencial

Respecto de la Orientación jurisprudencial, se puede apreciar, tanto en la jurisprudencia nacional como internacional que, hemos comentado y analizado que, existen actos arbitrarios, absurdos e irrazonable que son un claro abuso del derecho ejercido por parte de los accionistas mayoritarios que, avasallando y vulnerando los derechos e intereses que perjudican y/o van en desmedro del patrimonio o propiedad de las acciones cuya titularidad corresponde a los socios accionistas, primordialmente de los minoritarios en una sociedad comercial o sociedad anónima.

Es en nuestra realidad comercial o societaria, que estos hechos, merecen algunas reformas de la ley general de sociedades y, de determinadas propuestas de solución que, ofrezcan una adecuada regulación para el accionista minoritario en relación a su protección jurídica en la sociedad anónima con la finalidad de que dicho accionista pueda ejercer su derecho de oposición bajo ciertas condiciones justas razonables; así mismo, fijar condiciones sine quanum a los mayoritarios cuando decidan adoptar acuerdos que incidan en los derechos de los socios accionistas como en el accionariado de los mismos.

Por otro lado, la jurisprudencia también se inclina por la interposición de acciones indemnizatorias por iniciativa de determinado accionista que suponga una grave y directa afectación de sus derechos por quienes toman los acuerdos, sea estos tomados por los mayoritarios por medio de juntas generales o por determinadas juntas de acreedores. Por estas circunstancias, es necesario, rescatar que, lo que se busca en las jurisprudencias, es verificar qué casos vienen aconteciendo en la vida societaria de una sociedad anónima y que, es lo que está fallando en la aplicación de la LGS o si la norma societaria es deficiente o no logra regular adecuadamente los hechos que vulneran mayormente los derechos e interés de los accionistas minoritarios.

Por estas razones, es muy importante ver la orientación jurisprudencial para proponer una reforma legislativa relacionada con los derechos de los socios minoritarios la misma que debe estar desprovista de radicalismos, puesto que, el objetivo es detener o atenuar a su mínima expresión la utilización, sin reparo alguno, del principio de mayoría; asimismo evitar que los derechos de los minoritarios, se conviertan en un instrumento que signifique un óbice en perjuicio del avance del objeto de la sociedad y, la obtención del bienestar de todos los socios.

CAPITULO II ANÁLISIS, TOMA DE POSTURA Y SOLUCION DE LA TESIS PLANTEADA

2.1. Análisis, interpretación de la información

Creo necesario comenzar, haciendo un análisis de algunos artículos específicos de nuestra Ley General de Sociedades, respecto de la Sociedad Anónima, como por ejemplo:

a) El derecho de solicitar la convocatoria de la Asamblea o la Junta General a los administradores o por vía judicial.

De conformidad con el artículo 117° de la Ley General de Sociedades, podemos apreciar que la regla general para que uno o más accionistas pueden solicitar notarialmente la celebración de la junta general, representen como mínimo el veinte por ciento (20%) de las acciones suscritas con derecho a voto.

No obstante, según el artículo 255° del mismo cuerpo normativo, tratándose de sociedades anónimas abiertas, la cantidad porcentual que se requiere a efectos de pedir la realización de la junta general, es el cinco por ciento (5%) de las acciones suscritas con derecho a voto.

En ese sentido, debo indicar que la valla porcentual es muy elevada, respecto de las minorías accionarias en las sociedades anónimas, comparándolo con las sociedades anónimas abiertas; por lo que, a todas luces, es una seria limitación u óbice para poder exigir tanto notarial como judicialmente una Junta General,

por lo que sería necesario atenuar dicha valla, en el caso de sociedades anónimas, logrando así una adecuada protección de los minoritarios, proponiendo que la solicitud para la realización de la junta general dirigida al notario público o al juez de domicilio de la sociedad, promovida por uno o más accionistas representen como mínimo el dos por ciento (2%) de las acciones suscritas con derecho a voto.

a) Presencia de notario:

De conformidad con el artículo 138° de la Ley General de Sociedades, se precisa que, por intermedio de una solicitud presentada *-48 horas antes de la celebración de la Junta General-* por accionistas que signifiquen como mínimo el veinte por ciento (20%) de las acciones suscritas con derecho a voto, la junta se materializará con presencia de notario público, con la finalidad de que legalice la verosimilitud y autenticidad de los acuerdos aprobados.

Como quiera que, se requiere tener mayor accesibilidad para todos y cada uno de los accionistas minoritarios, máxime cuando se trata de accionistas minoritarios, es que incido que, la valla porcentual es demasiado alta, en la medida que, muchas de las sociedades anónimas (de mediana empresa para abajo), esto significaría un obstáculo para los minoritarios, de estar prácticamente impedidos de solicitar la presencia del notario en las juntas generales, a fin de que éstas sean las más transparentes posibles, por tanto, deberían ser exonerados de los pagos respectivos, puesto que, la seguridad jurídica significa un mayor bienestar para todos lo que conforman la sociedad anónima.

b) Auditorías especiales:

Si apreciamos el contenido del artículo 227° de la Ley General de Sociedades, podemos señalar que, los socios con o sin derecho a voto, de una sociedad que cuenta o no con auditoría externa permanente, que representen como mínimo el diez por ciento (10%) de la totalidad de acciones suscritas, podrán solicitar la revisión de los estados financieros, entre otros aspectos específicos de la administración y/o de contabilidad de la sociedad. Por lo demás, se precisa que, los costos que determinen estas auditorías son de cargo de quienes hicieron la petición, salvo que se trate de que los solicitantes, representen más de un tercio del capital pagado de la sociedad, en cuyo caso, los costos serán costeados por la misma.

Como podrán apreciar, que vuelvo a incidir nuevamente en la valla porcentual que establece nuestra normatividad, relacionado con la representación de las acciones suscritas de quienes solicitan las mencionadas auditorías. El hecho de establecer un diez por ciento (10%), significa que (en cuanto de las minorías se trata), éstas se verían limitadas, por cierto, en el sentido que, este derecho de solicitar auditorías especiales, lo hacen por motivos razonables en las que existen presuntas irregularidades de robo o mala gestión, por lo que debería existir una valla porcentual más razonable, es decir, que los solicitantes representen cuando menos del dos por ciento (2%) del total de las acciones suscritas.

Por último, por tratarse de solicitud de auditorías especiales por mala gestión o robo, deberían ser exoneradas o en el extremo de los casos, lo debería asumir la sociedad, toda vez que, es un ejercicio que tiene como fin, determinar si hubo o no mala gestión o presuntas irregularidades de hurto o robo del dinero.

Así como, las sociedades anónimas en el Perú, merecen protección jurídica, respecto de sus derechos e intereses, también lo merecen los socios accionistas quienes son los titulares propietarios de determinadas acciones como parte del patrimonio social de la sociedad y; en especial los socios accionistas minoritarios, quienes aparecen en el escenario de las sociedades comerciales, como la parte más débil dentro de dicho terreno jurídico societario, como es la sociedad anónima, mucho más aún cuando en determinados supuestos de hecho o modus operandi y/o mecanismos que son utilizados por los mayoritarios terminan perjudicando los intereses pecuniarios de los socios accionistas primigenios o minoritarios, vulnerando y afectando gravemente sus derechos societarios ius fundamentales como son por ejemplo el derecho de propiedad, el derecho de suscripción preferente, el derecho a la libertad empresarial, derecho a la iniciativa privada, etc.

De lo expuesto en el párrafo precedente, no puedo colegir que, los accionistas mayoritarios, no puedan ejercer sus derechos como socios accionistas de una sociedad anónima en el Perú, en atención a cualquier adopción de acuerdos de los socios a través de la Junta General o junta de acreedores que tenga como objetivo mejorar la situación económica de la sociedad y/o de los socios o salvar a la misma de una crisis económica, evitando así de un estado de insolvencia y, posterior liquidación de la sociedad; no obstante, estos acuerdos, en primer lugar, deben ser razonables y viables; en segundo lugar, no deben quebrantar o vulnerar los derechos de otros accionistas que, no están de acuerdo con las medidas adoptadas por los mayoritarios, por lo que debería otorgárseles plazos oportunos y prudentes, a efectos de que puedan oponerse o ejercer su derecho de separación y; consecuentemente, se les reembolse a valor actualizado por cada acción que detente el accionista

minoritario que ejerza el referido derechos, además de una indemnización, por tener que renunciar, de manera forzosa, a la propiedad de la titularidad de la acción en forma proporcional a su participación, en la medida que de no haber existido una causa acordada por los mayoritarios o de quienes representan la mayoría en la Junta General, el socio accionista no hubiera tomado la decisión de separarse de la sociedad anónima, ni muchos menos de renunciar a su acción.

Estas son algunas de las razones, por las que deberían regularse en la ley general de sociedades condiciones y/o limitaciones a fin de evitar abusos de los derechos, directa o indirectamente, consciente o inconscientemente; de igual forma, el ejercicio de los derechos de los minoritarios como el derecho de impugnación o el derecho de oposición que también deberían ser aceptados, siempre que cumplan previos requisitos a fin de evitar las impugnaciones, oposiciones o bloqueos irrazonables o absurdos que no permitan a las sociedades anónimas a realizar la gestión que conlleve a la mejor organización y, por ende obtener un crecimiento sostenible en el tiempo.

Debo precisar que, las principales controversias, conflictos y/o diferencias que ocasionan; en primer lugar, el abuso de las mayorías accionarias sobre las minorías, es decir, los accionistas mayoritarios amparados en el mayor número de acciones o en la calidad o investidura que ostentan como Directores dentro de una sociedad anónima, lo que le otorga determinado poder en el ejercicio de sus atribuciones, ejerciendo de forma abusiva, la administración encomendada en perjuicio del interés social o de los accionistas minoritarios y; en segundo lugar, he podido determinar, mediante la presente investigación

que, la conducta de los minoritarios, tampoco está desprovista de conductas abusivas, dentro del seno societario, en la medida que, si bien es cierto, tienen determinados derechos para el uso y buen ejercicio de los mismos (Verbigracia: El derecho de impugnar acuerdos de Asambleas o Juntas Generales), sin embargo, éstos mecanismos son mal utilizados por dichos accionistas, poniendo verdaderos óbices u obstáculos en las buenas decisiones de la sociedad anónima en el Perú. Básicamente, la problemática, estaría dada por no existir una suficiente regulación normativa o legal que regule tanto la toma o adopción de acuerdos de los mayoritarios a través de las juntas generales, junta de acreedores, etc., como las impugnaciones u oposiciones de los minoritarios sobre las decisiones de aquellos y/o decisiones o conflictos de intereses entre los directores de las sociedades anónimas. Deficiente regulación legal que implica indirectamente una desprotección de los accionistas minoritarios, en relación a sus intereses.

Ahora bien, si bien la mayoría de sociedades anónimas son privadas, éstas deben tener garantías suficientes y, éstas deben ser otorgadas por el Estado, entiéndase esto como el alcance de instrumentos de gestión, herramientas normativas, entre otros que, le permita a las empresas desarrollarse en un escenario irrestricto o libre de cualquier acción que guarde ilicitud, ejercicio abusivo del derecho, deslealtad, prácticas arbitrarias que favorezcan a unos cuantos que son las mayorías accionarias y, desfavorezcan a muchos que, por lo general son la minoría, dicho de otro modo, que se desarrollen en un clima de respeto mutuo, con predictibilidad, lealtad, transparencia, etc., entre otros principios de igual relevancia.

Sobre el particular y, con la finalidad de contribuir a la buena gestión, al respeto del socio, sin tener en cuenta, la calidad de socio mayoritario o minoritario, creo que se debería establecer la implementación con carácter obligatorio, es decir, convertir una norma blanda en una norma dura o vinculante, obligando a todas las sociedades anónimas existentes en nuestro país a desarrollar un capítulo dentro de su estructura estatutaria sobre el Buen Gobierno Corporativo con sanción de penalidad que, contemple cuando menos, los siguientes elementos:

- a) Introducción de principios como el Derecho de información, tanto de modo escrito, página web, correo electrónico, etc.
- b) Reglas de operación de los órganos de gobierno,
- c) Políticas corporativas,
- d) Procedimientos
- e) Tablas de facultades, introducción de principios como el Derecho de información, tanto de modo escrito, página web, correo electrónico, etc.

Bajo este contexto, debo señalar que, otro sector de la doctrina, ha considerado proveer de herramientas de gestión a las empresas o grupos de empresas, a fin de dotarles de la seguridad jurídica, tanto a las propias empresas como a los socios accionistas, trabajadores, directores de la sociedad anónima y, principalmente a los accionistas minoritarios, por lo que aterrizando este supuesto de hecho en nuestra realidad, se puede apreciar que, nuestra legislación societaria vigente no prevé, la responsabilidad solidaria dentro del grupo empresarial.

Por otro lado, existen algunos acontecimientos que se viene dando dentro de la estructura externa de las sociedades anónimas en el Perú, como quiera que, existe un espíritu de dominación o de ostentar el poder de unos socios accionistas sobre los otros, siendo éstos últimos, generalmente los socios accionistas minoritarios, lo que ocurre en la realidad, es que quienes ostentan el poder dentro de una sociedad anónima tienen en posesión los libros de actas de Junta General o libros padrones de socios y el libro matricula de acciones, sucede una mala praxis jurídica societaria, en relación al libro padrón de socios accionistas, que muchas de las veces, estos son socios accionistas fantasmas que, a quienes se les “otorga una participación” en la Junta General, pero que jamás estuvieron, como quien dice “solo para la foto, pero nunca jugaron el partido de futbol”, con el único propósito de perennizarse en el cargo o tomar decisiones que beneficien a una mayoría accionaria, siendo estos por lo general, los mayoritarios; esto por un lado y por otro, tenemos el uso indebido de los libros de actas de Junta General de Socios Accionistas o libros de matrícula de acciones, los cuales son manipulados de tal forma que, se deshacen acuerdos (cambio y/o suplantación de las hojas adheridas primigeniamente al libro de actas en beneficio de intereses particulares o simplemente denunciando la pérdida, extravío o destrucción del libro) que fueron adoptados de forma debida, lícita y legal o transferencias de acciones, en las cuales se hacen aparecer transferencias totales o parciales de acciones a otros socios o a terceros, perjudicando a uno o algunos de la sociedad anónima, utilizando el mecanismo de la denuncia o pérdida de tal o cual libro. Esto suele ocurrir, en la medida que, son los propios miembros del Directorio; Gerente General; abogados del área legal, entre otros, de la empresa, los tenedores de los libros.

Ante esta situación, nuestra Ley General de Sociedades, no contempla o no prevé algunas de estas situaciones o si las tiene previstas pero de manera muy general; lo que si contempla nuestra legislación societaria, es el allanamiento de la personalidad jurídica con la finalidad de responsabilizar a los titulares que comprometieron a la sociedad anónima en asuntos de deslealtad, ausencia de transparencia, excesos en las funciones encomendadas, simulaciones, fraudes, falsificaciones en los libros de actas de Juntas Generales, Libros y Asientos contables, Libro Padrón de socios, etc., lo que, sería necesario esbozar determinadas recomendaciones para hacer de la gestión política y económica de toda sociedad anónima una organización más justa y transparente que, permita evitar los abusos de las mayorías accionarias como los despropósitos de las minorías.

Es bajo este escenario societario en el que existen vacíos normativos que, me obligó a iniciar la presente investigación de manera meticulosa, circunscrita a nuestra propia legislación y a las demás tesis nacionales como internacionales, de las cuales, unas más relacionadas que otras con el planteamiento del problema, valiéndonos de la doctrina nacional como extranjera, así como de la jurisprudencia extranjera y nacional de estrecha relación la materia de la investigación, con el objeto de buscar una mejor y adecuada protección al accionista minoritario o socio accionista inversor, siempre y cuando, la referida protección no ocasione menoscabo a los derechos de las mayorías accionarias.

2.2. Presentación de la propuesta de solución del problema – postura personal con fundamento teórico

Con la finalidad de presentar nuestra propuesta, brindamos respuesta al problema principal y secundarios; así como de los objetivos primarios y secundarios:

Respecto al problema principal que emerge con la siguiente interrogante ¿Qué factores internos de la Sociedad Anónima influyen en la protección del accionista minoritario?

Los factores internos que influyen en la protección del accionista minoritario, obedece a una estructura societaria, en la que existe relaciones de poder que, en el que el Derecho busca, a través de su legislación y regulación, establecer un marco de equidad, amparando y protegiendo a las partes más débiles de dichas relaciones sociales dentro de la sociedad anónima, tratando de evitar que quienes ostenten o se encuentren en una situación privilegiada de poder abusen de su condición, avasallando y vulnerando los derechos de aquellas partes más débiles o vulnerables; toda vez que el “hilo de la madeja” societario se encuentra en el mismo seno societario, en virtud de la aplicación absoluta del principio de la democracia accionaria, toda vez que, los acuerdos de la sociedad serán adoptados por la mayor cantidad de votos en las Juntas Generales de Accionistas. Reiterando una vez más que, esto va de la mano de la instauración de este principio de mayoría y del gobierno de la sociedad a través de la junta general, donde necesariamente, surgirá la necesidad de una amplia, efectiva y adecuada protección a las minorías accionarias.

Al respecto, debo señalar que el Estado, mediante la Ley, podría lograr acortar equitativamente las desventajas de los accionistas minoritarios frente a la mayor capacidad estructural de accionar política y económicamente del accionariado mayoritario, puesto que la protección del accionista minoritario, obedece a una estructura societaria, en la que existe relaciones de poder que, en el que el Estado buscaría a través de su legislación y regulación, establecer un marco de equidad.

En cuanto a los problemas específicos, otorgamos respuesta a las siguientes interrogantes:

¿Cómo los accionistas minoritarios influyen en la protección jurídica dentro de la Sociedad Anónima en el Perú?

Debo mencionar que, para nosotros, los accionistas minoritarios influyen positivamente en la protección jurídica dentro de la Sociedad Anónima en el Perú, en la medida que a través de su accionar se busca lograr una determinada equidad entre éstos y el grupo de accionistas mayoritarios; consecuentemente, creemos que para poder materializar dicho propósito, se requiere el accionar legal del Estado que debería ser proteccionista del accionariado minoritario, no para colocar a éstos en un lugar privilegiado frente a los accionistas mayoritarios; sino más bien buscando un equilibrio frente a los interés de las mayorías accionarias y de la sociedad anónima en particular, haciendo respetar y valer algunas soluciones que nuestra Ley General de Sociedades le ofrece, como son el derecho de oposición a los mecanismos(algunos deficientemente previstos en la LGS y otros, simplemente no previstos en el mismo cuerpo normativo) que utilizan las mayorías accionarias para adoptar determinados acuerdos que violen la ley, los estatutos, benefician algún interés en particular, como lo hemos podido apreciar tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia

extranjera (*Sentencia del tribunal supremo STS 3850/2014 emitida por la Sala Primer del Tribunal Supremo en la Villa de Madrid con fecha veintitrés de septiembre de dos mil catorce*) y nacional (*Sentencia del Tribunal Constitucional, emitida en Lima, a los 4 días del mes de abril de 2011, mediante sesión de Pleno Jurisdiccional, pronuncia la referida Sentencia recaído en el Exp. N° 00228-2009- PA/TC*)

¿Qué incidencia o implicancia tiene la protección de los accionistas minoritarios en la sociedad anónima?

Esta interrogante, podría llevarnos a pensar que, el hecho de brindar de una protección jurídica a los accionistas minoritarios, generaría un efecto disuasivo para el accionariado mayoritario. Sin embargo, debemos precisar que, el propósito de la protección de los minoritarios, no es otorgar a éstos un poder infranqueable que les permita obstaculizar la gestión o las políticas empresariales de los mayoritarios, sino más bien, como reiteradamente lo venimos señalando, lograr la equidad y el trato justo y equilibrado entre mayoritarios y minoritarios, que encuentra su verdadera motivación o sustento en la formación de la voluntad social, teniendo como base el interés social, éste último que trata en lo posible de amalgamar o aglutinar a la mayoría y a la minoría como una norma de conducta equilibrada a fin de lograr de que en la mente de un accionista coexista o convivan intereses individuales.

En consecuencia, la protección de los accionistas minoritarios tiene su implicancia en la sociedad anónima, toda vez que, es en el seno de la sociedad anónima donde se forma la voluntad social, teniendo en cuenta, su indefensión frente al resto de los miembros de la sociedad que conforman la mayoría numérica.

De otro lado, resulta necesario mencionar que, en el seno societario, podríamos encontrar determinadas formas de adherencia entre el accionariado minoritario y el mayoritario; como quiera que el accionariado minoritario significa un número importante, conlleva a tener un sistema o mecanismo tipificado en la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades que les permita ser representados por uno de los socios minoritarios con derecho a voto e intervenir en el Directorio a través del denominado “voto acumulativo”. Supuesto de hecho que facilitaría legalmente que uno de los socios minoritarios ocupe un curul en el referido órgano colegiado y, de esta forma, defender los derechos e intereses de los minoritarios o inversores en la Sociedad Anónima.

Asimismo, nuestra legislación societaria, permite que en la junta general se decida por mayoría y se adopten acuerdos que conformarían la voluntad social en determinados temas de interés para la sociedad; siendo precisamente, lo que se decida en la junta general -el órgano de decisión de la sociedad- lo que vinculará a la totalidad de los accionistas (incluidos por supuesto los disidentes, quienes se abstuvieron de votar y los ausentes). Sin perjuicio de la conformación de la voluntad social, no puede ser indiferente en este aspecto, el hecho que se logra al amalgamar voluntades a través del principio de mayorías, una forma poco equitativa frente a la minoría, puesto que por la aplicación del referido principio y en virtud del poder unificador pueden verse no sólo privados de decisión sino también desfavorecidos en sus intereses o patrimonios, cuestión que puede llevar a la minoría a una situación de indefensión y desamparo. Por tales razones, puede resultar legal y procedente adoptar decisiones por mayoría, sin embargo, no debe entenderse que ésta pueda hacer lo que le plazca, puesto que tiene que respetar el interés de la

sociedad; siendo esta cuestión el meollo del problema, la protección jurídica del accionista minoritario, en el que se puede afirmar de modo reiterativo que, dicha protección tiene una evidente incidencia en la sociedad anónima en el Perú.

Ahora bien, continuando con el objetivo general y objetivos específicos, brindamos la siguiente respuesta:

El objetivo general, basado en el análisis de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades me ha permitido verificar que nuestra ley societaria no prevé conceptos y/o definiciones sobre el accionista minoritario y el accionista mayoritario; así mismo, me he podido cerciorar que, existen algunos vacíos normativos, en relación al accionista minoritario, respecto de su protección jurídica en la sociedad anónima en el Perú.

Teniendo en cuenta a la sociedad anónima, así como a una de sus prerrogativas que mayor importancia se le otorga, es su idoneidad que permite la concurrencia de inversionistas pasivos de la empresa. Consecuentemente, se ha podido ver que, no existen herramientas de control posterior, por ejemplo: acciones de responsabilidad, en vez de optar por acciones permisibles que faciliten a la minoría restringir u obstaculizar las iniciativas y/o acuerdos los accionistas administradores o controladores.

Tenemos, en primer lugar, la cuestión del trato paritario, podemos señalar que nuestra legislación general de sociedades contempla en su art. 105 el “control

indirecto de acciones”, un claro ejemplo de un trato no paritario (desigualitario), en el sentido que la prohibición del derecho de voto y, el cómputo para el quórum no otorgan sistemas aparentes que permitan proteger a los minoritarios de un conglomerado de empresas; por lo que la relación entablada entre el minoritario y la sociedad, debe tener un trato igualitario. Por tanto, no existe, en la figura típica societaria, la causal del derecho de separación de los accionistas externos, respecto de un conglomerado empresarial (grupo); tampoco, la atribución del accionista de control de retirarlos, en caso de llegar a obtener una determinada participación en el capital.

Respecto al derecho de requerir la convocatoria de la Asamblea o la Junta General a los administradores o por vía judicial, que prescribe el artículo 117° de la Ley General de Sociedades, podemos apreciar que la regla general para que uno o más accionistas pueden solicitar notarialmente la celebración de la junta de socios, signifiquen como mínimo el veinte por ciento (20%) de las acciones suscritas con derecho a voto; sin embargo, podemos apreciar del contenido del artículo 255° del mismo cuerpo normativo que, para el caso de las sociedades anónimas abiertas, la valla porcentual para solicitar la Convocatoria de la Asamblea o de la Junta General, es bastante reducida, siendo del cinco por ciento (5%) de las acciones suscritas con derecho a voto.

Una propuesta de solución para evitar esta seria limitación u óbice para los minoritarios, respecto de exigir tanto notarial como judicialmente la convocatoria de una Junta General, en el caso de sociedades anónimas, sería el reducir la valla porcentual, con lo que se obtendría, una adecuada protección de los minoritarios, siendo que los solicitantes de uno o más accionistas

signifiquen como mínimo el dos por ciento (2%) de las acciones suscritas con derecho a voto.

En lo pertinente de la solicitud de presencia de notario en las Juntas Generales de socios accionistas, el artículo 138° de la Ley General de Sociedades, señala que, por intermedio de una solicitud (presentada cuarenta y ocho (48) horas antes de la celebración de la Junta General) por accionistas que equivalgan como mínimo el veinte por ciento (20%) de las acciones suscritas con derecho a voto, la junta se llevará a cabo en presencia del notario, con la finalidad de que le otorgue al documento fecha cierta, veracidad y autenticidad del contenido del acta y, demás acuerdos adoptados.

En tal sentido, volvemos a incidir que, a efectos de que las minorías accionarias, tengan mayor acceso y, por ende, mayor seguridad jurídica, la valla porcentual, debería reducirse hasta en un dos por ciento (02%), puesto que, muchas de las sociedades anónimas (de mediana empresa para abajo), se atomiza la fracción de representación, por lo que significaría un verdadero obstáculo para los minoritarios, esto es, verse impedidos de solicitar la presencia del notario en las juntas generales, a fin de que éstas sean las más transparentes posibles. Por otro lado, propondría, que los solicitantes, deberían ser exonerados de los pagos respectivos, puesto que, la seguridad jurídica significa un mayor bienestar para todos lo que conforman la sociedad anónima.

En lo que concierne a las auditorías especiales, previsto en el artículo 227° de la Ley General de Sociedades, podemos observar que, los accionistas con o sin derecho a voto (de una sociedad anónima que cuenta o no con auditoría externa permanente) que equivalgan como mínimo el diez por ciento (10%) del total de las acciones suscritas, podrán solicitar la revisión de los estados financieros, entre otras situaciones objetivas, materiales y/o tangibles de la administración de la organización jurídica societaria.

Al respecto, volvemos a reiterar, que la valla porcentual es muy elevada, a comparación de otras legislaciones como la de Nicaragua por ejemplo, por lo que fijar un diez por ciento (10%), significa para las minorías accionarias, una inadecuada regulación, toda vez que, limita el derecho de solicitar auditorías especiales, máxime cuando estos obedezcan a presuntas irregularidades de robo o mala gestión, por lo que debería existir una valla porcentual para los solicitantes de auditorías especiales que representen cuando menos del dos por ciento (2%) del total de las acciones suscritas. Asimismo, en pro de todos los socios accionistas y, en especial de las minorías accionarias, los gastos que originen estas revisiones, deberían ser exonerados, siempre y cuando se trate de causales de mala gestión o falsedad en la información en perjuicio del accionista minoritario.

Como podemos apreciar, respecto de la disminución de la valla porcentual que establece nuestra normatividad, relacionado con la representación de las acciones suscritas de quienes solicitan las mencionadas auditorías. El hecho de establecer un diez por ciento (10%), significa que (en cuanto de las minorías se trata), éstas se verían limitadas, por cierto, en el sentido que, este derecho de solicitar auditorías especiales, lo hacen por motivos razonables en las que existen presuntas irregularidades de robo, hurto sistemático o mala gestión, por lo que debería existir una valla porcentual más razonable, es decir, que los solicitantes representen cuando menos del dos por ciento (2%) del total de las acciones suscritas.

Asimismo, y, en segundo lugar, he podido evidenciar que, existe un determinado mecanismo utilizado por los accionistas mayoritarios o por quienes detentan el mayor poder del accionariado dentro de la sociedad anónima, que consiste en acordar la reducción y el aumento de capital, denominado como “Operación Acordeón” el mismo que, es utilizado por las sociedades comerciales, tanto en el extranjero como en el Perú, a efectos de rescatar de la crisis e insolvencia o hasta de un posible liquidación y desaparición de la empresa.

Cabe advertir que, dicho *modus operandi*, no se encuentra previsto en nuestra legislación societaria, que si bien es cierto, no vulnera la propia ley ni mucho menos va contra *ius* fundamentales recogidos en la constitución política del Perú, por tratarse de operaciones de iniciativa privada; no obstante, esta cuestión, pone en serio riesgo a los accionistas minoritarios, quienes deberían de tener instrumentos o herramientas legales para ejercer el derecho de oposición a efectos de cuidar sus intereses y derechos como el de propiedad (titularidad de la acción traducido como parte del patrimonio social), sin que esto implique un obstruccionismo en la gestión organizacional y económica de la sociedad anónima en el Perú.

De igual forma, hemos podido apreciar, que tampoco se ha previsto en nuestra legislación comercial, condiciones *sine quom* que deberían tenerse en cuenta al momento que los mayoritarios adoptan un determinado acuerdo, por ejemplo, para el aumento de capital, para la reducción del mismo o para la transferencia de acciones, mediante oferta pública a terceros. Estas condiciones, podría ser, que terceros profesionales en la materia, emitan un informe especial jurídico-económico, este último que debería ser sometido a debate en el seno de la sociedad, ósea en la Junta General, Consejo de Administración, Asamblea General o como se llame el órgano colegiado a efectos de ser consensuando por los socios accionistas, sean esto mayoritarios y/o minoritarios.

Por otro lado, como quiera que existe un aforismo universal “a igual razón, igual derecho” se tendría que, establecer también, ciertas condiciones para los accionistas minoritarios, que no estén de acuerdo con las adopciones de decisiones tomadas por la mayoría accionaria, por ejemplo, que su oposición sea plasmado en un documento formal y, si es posible sustentado en un informe jurídico-económico suscrito por profesional en la materia, el mismo deberá poseer criterios legalmente viables y razonables, puesto que la referida protección jurídica no les debe conceder, potestad alguna, para bloquear la decisiones de los mayoritarios.

Por ejemplo, respecto del derecho de separación, contemplado en el artículo 200° de nuestra ley general de sociedades y, que ejerce el accionista minoritario al no estar de acuerdo con las decisiones de los mayoritarios, al margen del reembolso del valor nominal de la acción, debería recibir una indemnización, sin que medie un procedimiento administrativo o judicial, sino de manera automática, toda vez que, los acuerdos de los mayoritarios a los cuales se oponen razonablemente los minoritarios, traen como consecuencia que éste ejerza su derecho de separación, no por propia iniciativa, sino por haber surgido una nueva situación acordada por los mayoritarios, que en definitiva ponen al minoritario en imperiosa y forzosa decisión, por lo que creo que, existe una razón fundada para que la sociedad anónima pague la indemnización antes mencionada.

Por otro lado, tenemos el derecho de impugnación judicial de acuerdos societarios, que tiene los socios accionistas en la sociedad anónima, contemplados en los artículos 139 y 140° de la ley general de sociedades, sobre el particular, creo que este mecanismo, resulta costoso para quienes pretenden impugnar judicialmente un acuerdo, comenzando que, hasta para poder obtener copia certificada del acta, siendo esto un derecho, el accionista tiene que costear o asumir el costo del referido documento.

Por otro lado, el artículo 139° sobre acuerdos impugnables, resulta muy gaseoso o abstracto, cuando se refiere que los acuerdos de la junta, pueden ser materia de impugnación judicial, cuando dichos acuerdos resulten vulneratorios a la ley, contrarios al estatuto o lesione, en provecho directo o indirecto de uno o varios socios, los intereses de la organización societaria; toda vez que no contempla de qué forma se tiene que acreditar que el acuerdo es contrario a la ley, se deberá entender que, sólo con los fundamentos de hecho del socio accionista; de igual modo, tampoco se menciona, como se tendría que demostrar el beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas. Es decir que, lo que pretendo transmitir es, que predomine el interés social y, no el interés individual, por eso es que, lo que se busca no es una protección al accionista minoritario de forma radical, que le sirva a éste como instrumento de bloqueo ante los acuerdos de la mayoría, sino que exista un consenso en el seno de la sociedad.

Consecuentemente, se ha determinado a través de la presente investigación, la causa que genera y, las situaciones que permiten el abuso de las mayorías o excesos de poder de los accionistas mayoritarios sobre los accionistas minoritarios. La causa única y exclusiva que coloca en una situación privilegiada de poder a los accionistas mayoritarios y, que generalmente pone en situación de riesgo latente a los accionistas minoritarios, virtud de la aplicación absoluta del principio de la democracia accionaria. Además, de nuestra legislación societaria que es notoriamente deficiente, permitiendo así que los mayoritarios abusen de su condición, avasallando y vulnerando los derechos de aquellas partes más débiles o vulnerables que son los accionistas minoritarios.

Por otro lado, se ha determinado que nuestra LGS no ha desarrollado en materia de transferencia la obligación de dar a conocer la existencia y el desarrollo de los pactos cuyo fin sea el ejercicio del derecho a voto en las organizaciones jurídicas societarias, en las que sus acciones coticen en los mercados bursátiles; así como tampoco las

sociedades que controlen o que limiten las transferencias de las acciones pertinentes; sino más bien se ha limitado a exigir o a obligar la entrega de información pormenorizada de asuntos que por lo general son triviales o superficiales o no tan importantes (Por ejemplo: La identidad de los directores, gerentes y asesores de las sociedades, etc), no estableciendo ningún dispositivo legal, respecto a sistemas de control diferentes de la tenencia de acciones.

Se ha podido identificar problemas que se presentan en la aplicación de la normatividad vigente de sociedades, la deficiente regulación respecto a la protección de las minorías accionarias, temas como el ejercicio del derecho de suscripción preferente, que debe ser ejercidos en la oportunidad y, con conocimiento de los socios accionistas con la debida anticipación, esto de conformidad con el artículo 209° de la Ley General de sociedades.

Cuestiones como vacíos normativos que no permite regular al momento de la operación económica societaria denominada “operación acordeón” consistente en los acuerdos dirigidos a la reducción y aumento subsiguiente de capital; de igual manera se ha identificado falta de precisión del artículo 139° del mismo cuerpo normativo, respecto a los acuerdos impugnables y, la debida motivación de dichas impugnaciones, que deben hacerse previamente dentro del seno de la sociedad.

Asimismo, nuestra ley general de sociedades no ha previsto o ha efectuado referencia alguna a los principios de Buen Gobierno Corporativo previstos en el informe Olivencia sobre el gobierno de las sociedades cotizadas. Documento de la Comisión Especial para el Estudio de un Código Ético de los Consejos de Administración de las Sociedades en Madrid; siendo éstas, normas blandas que contribuirán a la buena gestión de la sociedad, involucrando a la Gerencia General, quien realmente, en la sociedad anónima en el Perú, despliega la labor de la administración, los directores o consejo de administración en otras legislaciones, así como a cada socio accionista, logrando la transparencia, la equidad, el deber de diligencia y de control, etc.

De todo lo expuesto, en el presente apartado, a efectos de dar solución al problema de “Los accionistas minoritarios y su protección jurídica en la Sociedad Anónima en el Perú:

Sería necesario reforma nuestra legislación vigente, a efectos de lograr una implementación de la misma, buscando una mejor sistematización de determinados artículos de la normativa que regula las sociedades anónimas con el objetivo de conseguir una adecuada regulación normativa que tenga como finalidad la protección jurídica de los accionistas minoritarios frente al abuso de las mayorías accionarias, sin menoscabar los derechos de éstos últimos, esto es, en consonancia con la institución jurídica de la impugnación de acuerdos, que podría significar una clara obstrucción en las decisiones y /o gestiones administrativas de las sociedades.

Para lograr, sistematización de nuestra ley general de sociedades, implementaría el artículo 209° inciso 4 de la LGS, referido al derecho de suscripción preferente que se vería afectado si el socio no tuviera la posibilidad de saber a ciencia cierta el monto dinerario necesario para preservar su posición accionaria, estableciendo como procedimiento legal que se resume en dos requisitos necesarios concomitantes, precisando que, después de haber tomado conocimiento anticipado de la suscripción de acciones y de los montos necesarios para ello (certificado de suscripción preferente con la información correspondiente), se le concederá un plazo posterior a dicho conocimiento para el ejercicio del referido derecho (procedimiento de dos ruedas según la LGS).

De igual forma, sería necesario considerar la implementación del artículo 139° de la Ley General de sociedades, precisando que, para que el socio accionista pueda impugnar acuerdos, debe presentar un informe especial, suscrito por profesional en la materia que, demuestre una clara contravención a la ley, al estatuto o lesione gravemente derechos, en provecho directo o indirecto de uno o varios socios, toda vez que, debe primar el interés social.

Asimismo, resultaría necesario, establecer en algún capítulo de la Ley General de Sociedades, las siguientes condiciones que deberían cumplir los accionistas minoritarios o mayoritarios, cuando se trate de la denominada “Operación acordeón”:

- a) La operación acordeón debe ser idónea y necesaria para la consecución de los objetivos e intereses sociales, demostrando un estado real y verdadero de disolución, buscando siempre una medida de protección del accionista minoritario para evitar una maniobra empresarial que persiga en favorecimiento de ingresos de terceros o de los propios

accionistas minoritarios. En virtud de esta condición, el socio accionista minoritario, haciendo valer su derecho de oposición puede examinar la necesidad de la medida.

- b) El accionista minoritario, una vez adoptado el acuerdo de reducción a 0(cero) y posterior aumento de capital social, que haya expresado indubitadamente su oposición al mismo, puede ejercer sus derechos de separación, consecuentemente se le restituirá el valor de sus acciones, más la correspondiente indemnización por un monto igual al del valor reembolsado, más los intereses legales a que hubiere lugar.

En consecuencia, se debería crear procedimientos de control ex post, como acciones legales de responsabilidad, antes que sistemas que permitan a la minoría bloquear u obstaculizar las decisiones del socio accionista administrador, como el estricto cumplimiento al deber de diligencia y, siendo mucho más exigente con las infracciones al deber de lealtad. En consonancia con este acápite, propondría también, la elección de una entidad pública o privada para la custodia de los libros de actas de junta general, de matrícula de acciones y de balances contables o financieros, a fin de brindarle mayor confianza a los socios accionistas de una sociedad anónima, en la medida que, se podría evitar futuros fraudes o maniobras legales societarias.

En virtud de lo expuesto, en el párrafo precedente, consideraría establecer en algún apartado de la ley general de sociedades, sobre los principios del Buen Gobierno Corporativo que deberían considerar todas las sociedades anónimas en el Perú, en sus estatutos de manera obligatoria, bajo apercibimiento de incoarse un procedimiento sancionador en caso no de darse estricto cumplimiento a la implementación y a su debida aplicación.

CAPITULO III CONSECUENCIAS

3.1. Consecuencias de la implementación de la propuesta

Evidentemente, las consecuencias que acarrearía la implementación de la propuesta, sería obtener una adecuada regulación, logrando una amalgamación o aglutinación de los intereses tanto de los mayoritarios como de los minoritarios, brindando de esta manera, una mayor seguridad jurídica a la parte más débil dentro de la sociedad anónima en el Perú, como es el accionista minoritario.

Se obtendrá una sistematización de la legislación más próxima a la realidad, toda vez que, se recogerá situaciones de hecho que suceden dentro del seno de la sociedad anónima peruana, permitiendo así, acuerdos más justos y equitativos, libres de cualquier abuso ejercido, tanto por la mayoría como de la minoría societaria.

3.2. Beneficios que aporta la propuesta

Obtener una adecuada regulación, transparente, lo más equitativa posible que ofrezca una mayor seguridad jurídica al accionista minoritario quien, siempre será la parte más débil y vulnerable en la sociedad anónima en el Perú.

Los beneficios, en sentido amplio, están orientados, en primer lugar, a los socios accionistas, sean estos mayoritarios o minoritarios; en segundo lugar, los beneficios están orientados a la sociedad en su conjunto, entendido como la propia organización (Buen Gobierno Corporativo) que se conforma por los órganos societarios, llámese gerente general, directorio o consejo de administración, asamblea general, junta de acreedores, etc.

CONCLUSIONES

Según la revisión y análisis de nuestra Ley N° 26887, Ley General de Sociedades, hemos determinado que, no existe una clara definición de lo que se denomina “Accionista Minoritario” y de Accionista mayoritario”

Hemos determinado también que, existe una deficiente o inadecuada regulación normativa en nuestra ley general de sociedades, implicando indirectamente una desprotección de los accionistas minoritarios, en relación a sus intereses o patrimonio de los mismos y, consecuentemente, están expuestos a los abusos de las mayorías accionarias, por ejemplo: El artículo 105° de la Ley General de sociedades en materia restricciones en el acceso del derecho a la información, limitación a los accionistas con tenencias menores para tener el suficiente acceso a la información societaria, ejercer su derecho fuera de junta general y sin solicitar la ejecución de auditorías especiales. El artículo 117° de la Ley General de Sociedades, en relación a que existe una valla porcentual (20%) muy alta, para los accionistas que soliciten notarialmente la celebración de la junta general de accionistas; el artículo 227° de la Ley General de Sociedades, referido a la petición de auditorías especiales, en el que se ha previsto que, los accionistas con o sin derecho a voto (de una sociedad anónima que cuenta o no con auditoría externa permanente) para solicitar una auditoría especial y/o revisión de los estados financieros, deben representar, cuando menos el diez por ciento (10%) del total de las acciones suscritas, significando una valla porcentual muy alta, para quienes pretenden solicitar las referidas auditorías, puesto que, en cuanto de las minorías se trata), significa limitar el derecho de solicitar auditorías especiales que, obedece a motivos razonables en las que existen presuntas irregularidades de robo, hurto sistemático o mala gestión. Asimismo, en los artículos 139° y 140° de la LGS, se ha determinado que existen barreras legales, sobre todo para el accionista minoritario, como el tener que pagar para obtener una copia certificada del acta, requisito para poder impugnar.

Asimismo, se ha determinado que el texto del artículo 139° es inadecuado, puesto que no se establece de qué forma se debe demostrar que el contenido del acta es contrario a la ley, al estatuto o al pacto social o lesione, en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad, toda vez que, no se puede, ni se debe entender que, bastaría con los fundamentos de hecho, esbozados por el socio accionista para demostrar que el contenido del acta a impugnar es contrario a ley; así como, tampoco se indica, de qué forma se demuestra el beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas.

Del mismo modo, hemos determinado que, existe un vacío normativo, respecto de este mecanismo utilizado por los accionistas mayoritarios o por quienes detentan el mayor poder del accionariado dentro de la sociedad anónima, que consiste en acordar la reducción y el aumento de capital, denominado como “Operación Acordeón” a efectos de rescatar de la crisis e insolvencia o hasta de un posible liquidación y desaparición de la empresa. Debo precisar que, es cierto, no vulnera la propia ley ni mucho menos colisiona con los ius fundamentales y, recogidos en la constitución política del Perú, sin embargo, esto supone un riesgo a los accionistas minoritarios, quienes deberían de tener instrumentos o herramientas legales para ejercer el derecho de oposición a efectos de cuidar sus intereses y derechos como el de propiedad (titularidad de la acción traducido como parte del patrimonio social), sin que esto implique un obstruccionismo en la gestión organizacional y económica de la sociedad anónima en el Perú.

De igual forma, hemos llegado a la conclusión que, no existen sistemas de control posterior, como las acciones de responsabilidad, antes que

herramientas que posibiliten la minoría, obstaculizar los acuerdos adoptados por los accionistas administradores, consiguiendo así, una adecuada protección de la discreción de los negocios de la administración, fijando un régimen de responsabilidad en grado mínimo en supuestos de hecho, sobre violación de deber de diligencia. Siendo más rígidos en el cumplimiento y/o las infracciones al deber de lealtad.

También, hemos determinado que, dentro de nuestra legislación societaria, no existe, un capítulo o artículo que, prevea la teneduría de los libros contables, libro matrícula de acciones y, libro de actas de asamblea, a efectos de garantizar la transparencia en la gestión y transferencia de acciones de cada uno de los socios y, en específico de las acciones suscritas de los socios accionistas minoritarios.

Finalmente, después de la revisión y análisis de nuestra Ley N° 26887, Ley General de Sociedades, hemos determinado que no existe un apartado que, establezca la obligatoriedad para las sociedades anónimas, por lo menos de la mediana empresa, la implementación de las Prácticas de Buen Gobierno Corporativo, en la que se establezca entre otros mecanismos de control ex – post, como las acciones de responsabilidad, antes de priorizar mecanismos que permitan a la minoría bloquear decisiones de los accionistas mayoritarios.

RECOMENDACIONES

Reformular e implementar determinados artículos de la Ley General de sociedades, citados en la propuesta de solución como en la conclusión de la presente tesis de investigación, relacionados al problema de los accionistas minoritarios y su protección jurídica en la sociedad anónima en el Perú.

Desarrollar cierto articulado normativo en la ley general de sociedades que, recoja los supuestos de hecho (operación acordeón) que vienen aconteciendo en el seno de determinadas sociedades anónimas en el Perú, a efectos de obtener una adecuada regulación de las mismas y, sobre todo, de los accionistas minoritarios.

Reducir la valla porcentual más razonable, respecto del requisito para impugnar actas de asamblea como para solicitar auditorias especiales, en una cantidad porcentual de uno o más accionistas que represente, cuando menos el dos por ciento (2%) del total de las acciones suscritas. Consecuentemente, los gastos que originen estas revisiones, deberían ser exonerados, siempre y cuando se trate de causales de mala gestión o falsedad en la información en perjuicio del accionista minoritario.

Elegir o designar a una entidad pública o privada, pudiendo ser los Registros Públicos o una notaría para la custodia y teneduría de los Libros de Junta General, Libro padrón de socios y Libro Matricula de acciones y; el Colegio de Contadores para la custodia y teneduría de los libros contables y financieros, o

en el extremo de los casos, estén custodiados por un ente Rector de las Sociedades Anónimas en el Perú, evitando de esta forma, que dichos libros, sean manipulados de la manera antes expuesta. Otra de las recomendaciones, relacionada con ésta, es que, toda transferencia de acciones por un valor considerable, al margen de ser registrada en el libro matricula de acciones, deben ser certificadas, por el gerente y, además, legalizadas por un notario público, a efectos de dar mayor seguridad jurídica y, una adecuada protección no sólo a los accionistas minoritarios, sino a todos los accionistas de una sociedad anónima.

Implementar un boletín societario en los Registros públicos, a efectos de propagar los cambios más importantes y/o reformas societarias, permitiendo que los accionistas tengan el suficiente acceso a la información societaria. De la misma forma, facilitar que los inversionistas tengan una mayor participación en la sociedad.

Reconocer el derecho de los accionistas minoritarios de solicitar la entrega de la información relevante sin tener que recurrir a una auditoria especializada. Así también exonerar, respecto de las asambleas o juntas generales de accionistas (solicitadas por determinado porcentaje de accionistas minoritarios) el costo por la intervención de un notario público, que ha criterio del autor debería costearlo la sociedad anónima, siempre y cuando, se trate de asuntos de mala gestión o falsedad en la información en perjuicio del accionista minoritario.

Implementar la Ley General de sociedades, en el apartado que corresponda, un capítulo sobre el Código de Buen Gobierno Corporativo, que las sociedades anónimas en el Perú (a partir de las medianas empresas), deban considerar de manera obligatoria en sus estatutos, con el objetivo de que cuenten con un tópico de gobierno corporativo que comprenda en lo más mínimo los elementos siguientes: directrices de modus operandi de los órganos de gobierno, principios y políticas de buen gobierno corporativo, procedimientos, etc., que hagan viable el ejercicio de los derechos de los socios accionistas, garantizando la transparencia, la equidad, la revelación oportuna de la información.

Referencias

- Adrianzen , A. (2000). *La protección de los accionistas minoritarios en la Sociedades anónimas abiertas*. Themis(41), 271-277. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/viewFile/11671/12217>
- Agüero, C., & Flores, L. (2004). *Gobierno corporativo, alternativa de desarrollo del mercado de capitales: propuesta para mejorar su práctica en el Perú*. (Tesis de maestría), Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.
- Alcalá Díaz, M. Á. (1999). *La impugnación de acuerdos del consejo de administración de sociedades anónimas*. Madrid: Civitas.
- Arecha, W. (1962). Cotización Bursátil de acciones. *La Ley*, 1167.
- Arrús, Ó. (2005). *El Gobierno Corporativo en Iberoamérica*. Obtenido de www.iimv.org/iimv-wp-1-0/resources/uploads/2015/04/gobierno-corporativo_web.pdf
- Bello Knoll, S. I. (12 de marzo de 2012). *Las minorías en las sociedades anónimas argentinas*. Obtenido de <http://www.todaviasomospocos.com/libros/las-minorias-en-las-sociedades-anonimas-argentinas/>
- Beveraggi, W. (2010). *El interés social, los principios generales y los conflictos entre mayoría y minoría en la sociedad anónima*. (Tesis de maestría), Universidad de Navarra, Pamplona.

- Biaggini , P. A., & Boll, J. L. (2001). *Los Derechos Protectorios del Accionista Minoritario en la Teoría del Control Social del Capítulo III de la Ley 25156*. Buenos Aires: Boletín latinoamericano. Obtenido de <https://repositorio.uade.edu.ar/xmlui/bitstream/handle/123456789/1483/CDS08040019.pdf>
- Bolaffio , L. (1950). *Derecho Comercial, tomo 6* (Vol. 1). Buenos Aires: Ediar.
- Broseta Pont, M., & Martínez Sanz, F. (1992). *Manual de Derecho Mercantil* (11ª. ed., Vol. I). Madrid: Tecnos.
- Brunetti, A. (1960). *Tratado del derecho de las sociedades, tomo 2*. (F. De Solá Cañizares, Trad.) Buenos Aires: Uteha.
- Cadbury, A. (1 de diciembre de 1992). *Report Of The Committee on- The Financial Aspects Of Corporate Governance*. Obtenido de <http://www.ecgi.org/codes/documents/cadbury.pdf>
- Chirinos, M. (2016). *Grupos de empresas*. (Tesis de maestría), Universidad de Lima, Lima.
- Cieza Mora, J. (2011). *La Nulidad y la impugnación de acuerdos, su problemática en materia civil y societaria*. (Tesis de maestría), Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima.
- INFORME OLIVENCIA. EL GOBIERNO DE LAS SOCIEDADES COTIZADAS.
- Documento de la Comisión Especial para el Estudio de un Código Ético de los Consejos de Administración de las Sociedades. El Gobierno de las Sociedades Cotizadas, Madrid 1998. Obtenido de <http://normasiso.es/wpcontent/uploads/2014/11/INFORME-OLIVENCIA-copia.pdf>*
- Deloitte. (2012). *La sociedad anónima y el accionista minoritario: problemática e importancia*. Obtenido de <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/mx/Documents/risk/GobiernoCorporativo/sociedad-anonima-y-accionista-minoritario.pdf>
- Díaz, R. (2009). *La regulación de los conflictos de interés de los directores como una medida de protección a los accionistas minoritarios en la sociedad anónima*. (Tesis de maestría), Santiago de Chile.
- Embid Irujo J; Val Talens, P. (2016). *La responsabilidad social corporativa y el derecho de sociedades de capital: entre la regulación legislativa y el soft law*. Obtenido

de https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-PR-2016-48&tipo=L&modo=2

Elías Laroza, E. (1999). *Derecho Societario Peruano, La Ley General de Sociedades del Perú, tomo II*. Lima: Normas legales.

Elías Laroza, E. (1999). *Derecho Societario Peruano, La Ley General de Sociedades del Perú, tomo III*. Lima: Normas legales.

Ferrero Diez Canseco, A. (1998). Las formas especiales de sociedad anónima en la nueva Ley General de Sociedades. *Themis*, 17-34. Obtenido de http://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/themis/themis_037.pdf

Gago, C., González, L., & De Lia, J. A. (1980). *Sociedades por acciones, Estudio Teórico Práctico, tomo I*. Santa Fe: Rubinzal y Culzoni.

Hundskopf Exebio, O. (1999). Derecho de los accionistas minoritarios - Ley General de Sociedades. *Actualidad Jurídica*.

Hundskopf Exebio, O. (2003). *Temas societarios*. Lima: Gaceta jurídica.

Hundskopf Exebio, O. (2004). *Estudios Preliminares – Títulos valores*. Lima: Gaceta jurídica. Hundskopf Exebio, O. (2009). *Jurisprudencia societaria comentada*. Lima: Fondo Editorial

Universidad de Lima.

Montoya Alberti, U. (2005). Los derechos del accionista minoritario en la sociedad anónima.

Revista de Investigación UNMSM. Obtenido de <http://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/derecho/article/download/10548/9720>

Mora Sarriá, L. A., & Elías Muñoz, E. (2002). *Situación jurídica del accionista minoritario en las sociedades anónimas*. (Tesis de Grado), Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá. Obtenido de <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis->

51.pdf

Morales Acosta, A. (1999). La protección del accionista minoritario en las Sociedades Anónimas Abiertas. *Derecho PUCP*(52), 827-854. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6438/6496>

Northcote Sandoval, C. (2014). Diferencias entre las calidades de accionista, director y

gerente. *Actualidad Empresarial*(310), 1-4.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico . (2004).
Principios de Gobierno Corporativo OCDE. Obtenido de
<https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/37191543.pdf>

Palacios, F. (2016). *La protección jurídica de los accionistas minoritarios de la sociedad anónima*. Universidad Centro América , Managua.

Pardini, M. (2015). *Conflictos en la sociedad de responsabilidad limitada argentina: Su solución a través del retiro, la separación, la exclusión y la disolución. Mecanismo alternativos*. (Tesis doctoral), Universidad de Valencia, Valencia.

Payet Puccio , J. A. (2003). Empresa, Gobierno corporativo y derecho de sociedades.

Themis(46), 77-103. Obtenido de
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9965/10381>

Pickmann, F. (2003). *Tratado de Derecho Mercantil, tomo I - Derecho Societario*.
 Lima: Gaceta Jurídica.

Sagasti Aurrekoetxea, J. J. (1997). *Régimen jurídico de las acciones sin voto en el derecho español y comparado de sociedades y de valores*. Lima: Civitas.

Salguero, Y. (2015). *Problemática de la impugnación y de la nulidad de los acuerdos societarios*. (Tesis de maestría), Universidad Privada Antenor Orrego, Lima.

Sasot Betes, M. Á., & Sasot , M. P. (1980). *Sociedades anónimas. El órgano de administración*. Buenos Aires: Depalma.

Superintendencia del Mercado de Valores. (4 de noviembre de 2013). *Código de Buen Gobierno Corporativo para las sociedades peruanas*. Obtenido de http://www.smv.gob.pe/uploads/codbgc2013%20_2_.pdf

Torres García , F. E., & García Tipismana , O. M. (2015). Protección de accionistas minoritarios: Tutela en la entrega de acciones, dividendos y demás derechos. *Actualidad empresarial*(318), 1-4.

Uría González, R. (1999). *Derecho Mercantil: XXXVI separación y exclusión de socios*

(26^a. ed.). Madrid: Marcial Pons.

Uría González, R. (2006). *Derecho Mercantil. Principios Fundamentales de la Sociedad Anónima*. Madrid : Marcial Pons.

Fuentes legislativas

Ley General de Sociedades, Congreso de la República [Perú], Ley N° 26887, Diario Oficial El Peruano (9 de diciembre de 1997).

Texto Único Ordenado de la Ley del Mercado de Valores, Presidencia de la República [Perú], Decreto Supremo N° 093-2002-EF, Diario Oficial El Peruano (15 de junio de 2002).

Texto Único Concordante de la Ley Orgánica de la Comisión Supervisora de Empresas y Valores - CONASEV², Presidencia de la República [Perú], Decreto Ley N° 26126, Diario Oficial El Peruano (29 de diciembre de 1992).

² De conformidad con el Artículo 1 de la Ley N° 29782, publicada el 28 julio 2011, se sustituye la denominación de Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (Conasev) por la de Superintendencia del Mercado de Valores (SMV). Toda referencia a Conasev contenida en el presente Decreto Ley, debe entenderse hecha a la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV). Asimismo, toda referencia al Directorio de la Conasev debe entenderse hecha al Superintendente del Mercado de Valores. El Directorio de la SMV mantiene únicamente las atribuciones a que se refiere el artículo 5 del presente Decreto Ley.

Fuentes jurisprudenciales

Nacional:

Sentencia del Tribunal Constitucional. Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República de fecha 4 de abril de 2011, recaído en el Exp. N° 00228-2009-PA/TC. Obtenido de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00228-2009-AA.html>

Extranjera:

Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Civil del 23 de setiembre de 2014 Sede Madrid, Roj: STS 3850/2014. Obtenido de <http://s01.s3c.es/imag/doc/2014-11-11/sentencia-sociominoritario.pdf>

Sentencia del Tribunal Constitucional. Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República de fecha 4 de abril de 2011, recaído en el Exp. N° 00228-2009-PA/TC. Obtenido de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00228-2009-AA.html>

Anexo

Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas. Obtenido de <https://ecgi.global/code/c%C3%B3digo-de-buen-gobierno-corporativo-para-las-sociedades-peruanas>

CÓDIGO DE BUEN GOBIERNO CORPORATIVO PARA LAS SOCIEDADES PERUANAS

2013

Contenido

Introducción	3
Antecedentes	3
Estructura	5
Alcance	6
Código de Buen Gobierno Corporativo de las	7
Sociedades Peruanas	7
Pilar I: Derechos de los accionistas.....	7
Principio 1: <i>Paridad de trato</i>	7
Principio 2: <i>Participación de los accionistas</i>	7
Principio 3: <i>No dilución en la participación en el capital social</i>	7
Principio 4: <i>Información y comunicación a los accionistas</i>	7
Principio 5: <i>Participación en dividendos de la sociedad</i>	8
Principio 6: <i>Cambio o toma de control</i>	8
Principio 7: <i>Arbitraje para solución de controversias</i>	8
Pilar II: Junta General de Accionistas	8
Principio 8: <i>Función y competencia</i>	8
Principio 9: <i>Reglamento de Junta General de Accionistas</i>	9
Principio 10: <i>Mecanismos de convocatoria</i>	9
Principio 11: <i>Propuestas de puntos de agenda</i>	9
Principio 12: <i>Procedimientos para el ejercicio del voto</i>	9
Principio 13: <i>Delegación de voto</i>	10
Principio 14: <i>Seguimiento de acuerdos de Junta General de Accionistas</i>	10
Pilar III: El Directorio y la Alta Gerencia.....	10
Principio 15: <i>Conformación del Directorio</i>	10
Principio 16: <i>Funciones del Directorio</i>	11

CÓDIGO DE BUEN GOBIERNO CORPORATIVO PARA LAS SOCIEDADES PERUANAS

Principio 17: <i>Deberes y derechos de los miembros del Directorio</i>	11
Principio 18: <i>Reglamento de Directorio</i>	11
Principio 19: <i>Directores independientes</i>	11
Principio 20: <i>Operatividad del Directorio</i>	12
Principio 21: <i>Comités especiales</i>	12
Principio 22: <i>Código de Ética y conflictos de interés</i>	12
Principio 23: <i>Operaciones con partes vinculadas</i>	13
Principio 24: <i>Funciones de la Alta Gerencia</i>	13
Pilar IV: Riesgo y Cumplimiento	14
Principio 25: <i>Entorno del sistema de gestión de riesgos</i>	14
Principio 26: <i>Auditoría interna</i>	14
Principio 27: <i>Audidores externos</i>	15
Pilar V: Transparencia de la información	15
Principio 28: <i>Política de información</i>	15
Principio 29: <i>Estados financieros y memoria anual</i>	16
Principio 30: <i>Información sobre estructura accionaria y acuerdos entre los accionistas</i>	16
Principio 31: <i>Informe de gobierno corporativo</i>	16
Anexo A	17
Principios complementarios para Empresas de Propiedad del Estado (EPE).....	17
Pilar I: Derechos de los accionistas.....	17
Pilar II: El Directorio y la Gerencia	17
Pilar III: Riesgo y cumplimiento	18
Pilar IV: Transparencia de la información	18
Anexo B	19
Principios complementarios para Sociedades Familiares	19
Pilar I: Derechos de los accionistas.....	19
Pilar II: El Directorio y la Gerencia	20
Pilar III: Riesgo y cumplimiento	21
Pilar IV: Transparencia de la información	21

Introducción

Antecedentes

A principios de los noventa se suscitó una fuerte presión para fortalecer las prácticas de buen gobierno corporativo en el mundo, debido a que los inversionistas demandaban una mayor participación en los órganos administrativos de las sociedades. Sin embargo, el gobierno corporativo pasó a tener singular importancia a raíz de la crisis asiática de fines del siglo pasado, resultado de lo cual se generaron nuevos enfoques e instrumentos de gobierno corporativo.

En este contexto, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE, OECD por sus siglas en inglés) emitió su primera declaración de principios en 1999, apoyada en los avances de la teoría económica acerca de los problemas de agencia y de asimetrías de información. Estos principios, tal como señala la OCDE, son de naturaleza evolutiva y deben ser revisados considerando los cambios que se registren en el contexto empresarial. Asimismo, este organismo destaca que para que las sociedades se mantengan competitivas en un mundo cambiante, estas deben innovar y adaptar sus prácticas de gobierno corporativo a fin de satisfacer las nuevas demandas y aprovechar las oportunidades que se le presentan. Esta declaración de principios fue revisada y actualizada en el año 2004.

Por su parte, y siguiendo esta corriente, CAF-Banco de Desarrollo de América Latina emitió sus primeros lineamientos en el año 2004, los cuales han sido objeto de actualización en el 2013.

La adopción de prácticas de buen gobierno corporativo por parte de las sociedades, promueve un clima de respeto a los derechos de los accionistas y de los inversionistas en general; contribuye a generar valor, solidez y eficiencia en las sociedades; trae consigo una mejor administración de los riesgos a los cuales se encuentran expuestas; facilita el acceso al mercado de capitales; lleva a una reducción del costo de capital, así como a un mayor y mejor acceso a fuentes de financiamiento y de inversión a largo plazo; entre otras ventajas. Asimismo, la experiencia ha demostrado que en la medida que exista mayor transparencia e información, mayor es la confianza que desarrollan los inversionistas en los mercados. Las prácticas de buen gobierno corporativo ayudan a mitigar las fallas que existen en los mercados financieros por la asimetría de información.

Reconociendo la importancia que para el desarrollo del mercado de capitales tiene la promoción de una mayor transparencia empresarial, así como las ventajas descritas de contar con buenas prácticas de gobierno corporativo, en el año 2002 se conformó un comité integrado por ocho entidades del sector público y del sector privado, presidido por la entonces Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV), hoy Superintendencia del Mercado de Valores (SMV), con la finalidad de establecer principios de buen gobierno corporativo aplicables a las sociedades peruanas.

Como resultado de este esfuerzo conjunto, en julio de 2002 se emitió el documento *Principios de Buen Gobierno para las Sociedades Peruanas*, el cual tomó como base los *Principios para el Gobierno de las Sociedades* emitidos por la OCDE; considerando las características particulares de las sociedades peruanas, su estructura accionaria y el marco legal en que se desarrollaban. Dichos principios abarcaron, entre otros temas relevantes, aspectos referidos a los derechos y tratamiento equitativo de los accionistas, la función de los grupos de interés en el gobierno de las sociedades, la comunicación y transparencia informativa, y las responsabilidades del Directorio, constituyéndose de este modo en un referente importante de buenas prácticas para las sociedades peruanas, sobre todo para aquellas cuyos valores son objeto de oferta pública en el mercado de valores.

En línea con la emisión del mencionado documento y siguiendo las tendencias a nivel internacional, la entonces CONASEV asumió el reto de exigir a las sociedades cuyos valores fueran objeto de oferta pública la obligación de revelar el grado de adhesión a dichos principios, a través de sus respectivas memorias anuales y en los prospectos informativos.

A más de 10 años de haber sido emitidos los *Principios de Buen Gobierno para las Sociedades Peruanas*, se ha visto la necesidad de realizar su revisión integral, teniendo en cuenta el desarrollo del marco normativo legal que rige el mercado de valores, las carencias y debilidades que se han puesto de manifiesto en la reciente crisis internacional en cuanto a la transparencia de la información y control interno de las sociedades, y los avances en temas de buen gobierno corporativo desarrollados por la CAF y la OCDE.

En esta orientación, el 23 de febrero de 2012 se instauró el Comité de Actualización de *Principios de Buen Gobierno para las Sociedades Peruanas*, el cual estuvo integrado por 14 instituciones y gremios empresariales representativos del mercado de valores peruano y del sector empresarial del país mencionados anteriormente, los cuales, bajo la presidencia de la SMV y con el apoyo financiero de la CAF, han desarrollado el nuevo *Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas*.

El Código se orienta a brindar una versión actualizada que recoja los mejores estándares de buen gobierno corporativo identificados a nivel global y local, aplicables a la realidad peruana, poniendo especial énfasis en los nuevos avances experimentados en este campo, en especial en la dinámica de la Junta General de Accionistas (propiedad), el Directorio (administración) y la Alta Gerencia (gestión ordinaria), así como en la implementación de una adecuada gestión de riesgos; todo ello con el objeto de propiciar que se establezcan controles recíprocos y que las sociedades funcionen de manera eficiente.

Estructura

El nuevo Código presenta una estructura renovada, acorde con las necesidades y características propias del mercado de valores peruano y, en particular, de las sociedades peruanas. En su desarrollo, aborda aspectos vinculados con la gestión corporativa y recoge los aportes de las entidades del sector público y privado que integraron el Comité encargado de su redacción. Así, mediante este documento se espera contribuir a impulsar la implementación de mejores prácticas de buen gobierno por parte de las sociedades peruanas.

El *Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas* se encuentra dividido en cinco pilares:

- a. Derechos de los accionistas;
- b. Junta General de Accionistas;
- c. El Directorio y la Alta Gerencia;
- d. Riesgo y cumplimiento; y
- e. Transparencia de la información.

Asimismo, se han incluido dos anexos de principios complementarios, uno para las Empresas del Estado (EPE) y el otro para las empresas familiares, reconociendo con ello su relevancia en el quehacer económico del país, sobre todo teniendo presente que algunas de tales empresas tienen sus valores inscritos en el Registro Público del Mercado de Valores de la SMV. Por tanto, se debe subrayar que estos anexos no constituyen códigos especializados e integrales para tales tipos de empresas, sino consideraciones adicionales que deben tener en cuenta en razón de sus características y condiciones particulares.

Es importante precisar que el *Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas* no abarca aspectos como la Responsabilidad Social Corporativa para la gestión de las relaciones con los grupos de interés, sin que ello implique que no se reconozca su importancia para la sostenibilidad de las sociedades y del mercado en general.

Alcance

El *Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas* persigue el objetivo de contribuir a generar una verdadera cultura de gobierno corporativo en el Perú, que mejore la percepción de las sociedades anónimas por parte de los inversionistas, promueva el desarrollo empresarial, y coadyuve a la generación de valor en la economía peruana.

Partiendo de esta premisa, y en la misma línea que los *Principios de Buen Gobierno para las Sociedades Peruanas*, se reconoce que la adopción del *Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas* es voluntaria. La sociedad que los asuma debe ser capaz de demostrar su adhesión documentadamente, mediante los mecanismos o documentos societarios, tales como estatutos, reglamentos, políticas o normativas internas que mantenga vigente, así como su efectiva aplicación en línea con el principio “cumple o explica”, reconocido internacionalmente. Estos principios son una guía para todas las sociedades anónimas del país, sobre todo para aquellas con valores inscritos en el Registro Público del Mercado de Valores. Se espera que su implementación voluntaria, reflejo de su clara capacidad de autodeterminación y autorregulación, revierta en su competitividad y sostenibilidad. La adhesión a dichos principios y su revelación por parte de las sociedades se constituirá, a su vez, en un referente que los diferentes grupos de interés valorarán, y que contribuirá a su posicionamiento en los mercados de capitales del país y del exterior.

Es importante tener presente que estos principios reconocen prácticas que suman a las obligaciones emanadas de la normativa vigente. Asimismo, las definiciones contenidas en la Ley de Mercado de Valores y en la reglamentación emitida por la SMV aplican, en lo pertinente, a los principios contenidos en el Código.

Código de Buen Gobierno Corporativo de las Sociedades Peruanas

Pilar I: Derechos de los accionistas

Principio 1: Paridad de trato

La sociedad reconoce en su actuación un trato igualitario a los accionistas de la misma clase y que mantienen las mismas condiciones, lo que en ningún caso supone la entrega de información privilegiada a un grupo de accionistas en detrimento del resto de accionistas.

La sociedad no promueve la existencia de clases de acciones sin derecho a voto. Cuando existan valores con derechos patrimoniales distintos de las acciones ordinarias, la sociedad promueve y ejecuta una política de redención o canje voluntario de dichos valores por acciones ordinarias.

Principio 2: Participación de los accionistas

Los accionistas, según la naturaleza de las acciones que posean, tienen derecho a participar y votar en las Juntas Generales de Accionistas.

La sociedad establece claramente en sus documentos societarios el método y el responsable del registro de los derechos de propiedad accionaria, velando en particular porque la matrícula de acciones sea administrada de forma segura y confiable, y se mantenga permanentemente actualizada.

Principio 3: No dilución en la participación en el capital social

Las propuestas del Directorio referidas a operaciones corporativas que puedan afectar el derecho de no dilución de los accionistas (i.e, fusiones, escisiones, ampliaciones de capital, entre otras) son explicadas previamente por dicho órgano en un informe detallado que cuenta con la opinión independiente de un asesor externo de reconocida solvencia profesional nombrado por el Directorio, preferentemente con el voto favorable de los directores independientes, los cuales expresan en forma clara la aceptación total o parcial del referido informe y sustentan, de ser el caso, las razones de su disconformidad. Los informes son puestos a disposición de los accionistas oportunamente.

Principio 4: Información y comunicación a los accionistas

Los accionistas tienen derecho a recibir y requerir información oportuna, confiable y veraz que les permita velar adecuadamente por sus derechos, incluyendo mecanismos de acceso permanente para expresar su opinión sobre el desarrollo de la sociedad.

La sociedad determina los responsables y medios por los cuales oportunamente informa y absuelve los requerimientos de información de los accionistas, tales como páginas web corporativas, oficina de relación con inversionistas, reuniones informativas, entre otros.

La sociedad comunica y pone a disposición de los accionistas la información relacionada con la Junta General de Accionistas, y otra información complementaria que ayude a los accionistas en su toma de decisiones. Los accionistas, cuando corresponda, solicitan informes adicionales o aclaraciones acerca de los puntos a tratar en la Junta General de Accionistas.

Los accionistas son informados acerca de las reglas para alcanzar el quórum, así como acerca de las situaciones que requieren de un quórum calificado.

Principio 5: Participación en dividendos de la sociedad

La sociedad cuenta con una política de dividendos que establece expresamente los criterios de distribución de utilidades, la cual se difunde entre los accionistas, utilizando entre otros medios, su página web corporativa. Dicha política de dividendos se encuentra sujeta a evaluaciones de periodicidad definida que verifican su ejecución.

Principio 6: Cambio o toma de control

La sociedad mantiene políticas o acuerdos de no adopción de mecanismos anti-absorción.

En los casos de ofertas públicas de adquisición (OPA) de acciones de la sociedad, esta mantiene políticas que reconocen y posibilitan que los accionistas participen en la prima que se pague por adquirir el control de la sociedad.

Principio 7: Arbitraje para solución de controversias

El estatuto de la sociedad incluye un convenio arbitral que reconoce que se somete a arbitraje de derecho cualquier disputa entre accionistas, o entre accionistas y el Directorio; así como la impugnación de acuerdos de Junta General de Accionistas y de Directorio por parte de los accionistas de la sociedad. Dicha cláusula facilita que un tercero independiente resuelva las controversias, salvo el caso de reserva legal expresa ante la justicia ordinaria.

Pilar II: Junta General de Accionistas

Principio 8: Función y competencia

La Junta General de Accionistas es el órgano soberano y supremo de la sociedad. El estatuto reconoce y atribuye con claridad las funciones de la Junta General de Accionistas en el gobierno de la sociedad y en el control de los administradores.

Son funciones exclusivas e indelegables de la Junta General de Accionistas la aprobación de la política de retribución del Directorio, la aprobación de los estados financieros y el nombramiento de los miembros del Directorio.

Principio 9: Reglamento de Junta General de Accionistas

Las condiciones y procedimientos relacionados con la participación y el ejercicio de los derechos de los accionistas así como los procedimientos para el nombramiento de los miembros del Directorio se especifican en el Reglamento de la Junta General de Accionistas, el que tiene carácter vinculante y su incumplimiento conlleva responsabilidad.

Principio 10: Mecanismos de convocatoria

La sociedad establece mecanismos de convocatoria que permiten establecer contacto con los accionistas, particularmente con aquellos que no tienen participación en el control o gestión de la sociedad.

Entre estos mecanismos se encuentran los comunicados o avisos públicos, correos electrónicos, página web corporativa y, cuando sea posible, las comunicaciones individualizadas.

Complementariamente al aviso de convocatoria en el que se da a conocer los puntos de agenda, así como el lugar y hora de celebración de la Junta General de Accionistas, la sociedad pone a disposición de los accionistas toda la información relativa a los puntos contenidos en la agenda de la Junta General de Accionistas y las propuestas de los acuerdos que se plantean adoptar.

Principio 11: Propuestas de puntos de agenda

Las sociedades incluyen en su Reglamento de Junta General de Accionistas mecanismos que permiten a los accionistas ejercer el derecho de formular propuestas de puntos de agenda a discutir en la Junta General de Accionistas.

Los procedimientos para aceptar o denegar tales propuestas se establecen y delimitan en el Reglamento de Junta General de Accionistas. Las propuestas que formulen los accionistas deben ser claras y precisas para que puedan ser evaluadas. En caso dichas propuestas sean denegadas, se informa a los accionistas que las propusieron el sustento de tal denegatoria.

Principio 12: Procedimientos para el ejercicio del voto

La sociedad define procedimientos para el ejercicio del voto, de forma tal que resulten accesibles y simples a los accionistas. La sociedad tiene habilitados los mecanismos que permiten al accionista el ejercicio del voto a distancia por medios seguros, electrónicos o postales, y que garanticen que la persona que emite el voto es efectivamente el accionista.

Los documentos societarios especifican con claridad que los accionistas pueden votar separadamente aquellos asuntos que sean sustancialmente independientes, de tal forma que puedan ejercer de manera separada sus preferencias de votos, en particular, en el nombramiento o la ratificación de los Directores, el voto individual por cada uno de ellos

y, en la modificación de los estatutos, por cada artículo o grupo de artículos que sean sustancialmente independientes.

Las sociedades permiten, a quienes actúan por cuenta de varios accionistas, emitir votos diferenciados por cada accionista, de manera que cumplan con las instrucciones de cada representado.

Principio 13: Delegación de voto

La sociedad no limita el derecho del accionista a delegar su voto. La sociedad cuenta con procedimientos en los que se detallan las condiciones, los medios y las formalidades a cumplir en las situaciones de delegación de voto y pone a disposición de los accionistas un modelo de carta de representación. En dicho documento se incluyen los datos de los representantes, los temas para los que el accionista delega su voto y, de ser el caso, el sentido de su voto para cada una de las propuestas.

Cuando la delegación es efectuada a un miembro del Directorio o de la Alta Gerencia de la sociedad, el accionista deja claramente establecido el sentido de su voto; sin embargo, el representante no podrá ejercer el derecho de voto correspondiente a las acciones representadas en aquellos puntos de la agenda en los que se encuentre en conflicto de interés.

La sociedad establece límites para la delegación de votos cuando se trata de miembros del Directorio o de la Alta Gerencia.

Principio 14: Seguimiento de acuerdos de Junta General de Accionistas

La sociedad, a través de un área o funcionario responsable, realiza el seguimiento de los acuerdos adoptados por la Junta General de Accionistas y emite reportes periódicos al Directorio. Los reportes se encuentran a disposición de los accionistas.

Pilar III: El Directorio y la Alta Gerencia

Principio 15: Conformación del Directorio

La sociedad cuenta con un Directorio compuesto por un número de miembros que sea suficiente para un desempeño eficaz y participativo, y que posibilite la conformación de los comités especiales que resulten necesarios. Está conformado por personas con diferentes especialidades y competencias, con prestigio, ética, independencia económica, disponibilidad suficiente y otras cualidades relevantes para la sociedad, de manera que haya pluralidad de enfoques y opiniones.

El número mínimo y máximo de directores está contenido en el estatuto.

La sociedad evita la designación de directores suplentes o alternos, especialmente por razones de quórum.

La sociedad divulga los nombres de los directores, su calidad de independiente o no y sus hojas de vida, e informa acerca de los demás Directorios que integran los directores de la sociedad.

Principio 16: Funciones del Directorio

El Directorio tiene como función aprobar y dirigir la estrategia corporativa de la sociedad; establecer objetivos, metas y planes de acción, incluidos los presupuestos anuales y los planes de negocios; controlar y supervisar la gestión; así como encargarse del gobierno y administración de la sociedad. Es función del Directorio supervisar las prácticas de buen gobierno corporativo y establecer las políticas y medidas necesarias para su mejor aplicación.

Principio 17: Deberes y derechos de los miembros del Directorio

Los directores deben llevar a cabo sus labores con buena fe, diligencia, elevados estándares de ética, cuidado y reserva debidos, actuando siempre con lealtad y en interés de la sociedad.

En su desempeño, el Directorio, como órgano, actúa con unidad de criterio y los directores ejercen sus funciones con independencia de criterio.

Los miembros del Directorio tienen derecho a solicitar al Directorio el apoyo o aporte de expertos, a participar en programas de inducción sobre sus facultades y responsabilidades, a ser informados oportunamente sobre la estructura organizativa de la sociedad, así como a percibir una retribución por la labor efectuada.

La retribución a los directores combina el reconocimiento a la experiencia profesional y la dedicación hacia la sociedad, con criterio de racionalidad.

Principio 18: Reglamento de Directorio

La sociedad cuenta con un Reglamento de Directorio que contiene las políticas y procedimientos para su funcionamiento, su estructura organizativa, así como las funciones y responsabilidades del presidente del Directorio. Tiene carácter vinculante y su incumplimiento conlleva responsabilidad.

El Reglamento de Directorio incluye procedimientos formales y transparentes para la identificación, evaluación y nominación de candidatos, los casos de vacancia y cese, y la sucesión de los directores. Este Reglamento establece que el Comité de Nombramientos y Retribuciones se encarga de nominar a los candidatos a miembro del Directorio, que son propuestos ante la Junta General de Accionistas por el Directorio.

Principio 19: Directores independientes

El Directorio, en el marco de sus facultades para proponer el nombramiento de directores, promueve que al menos un tercio del Directorio esté constituido por directores independientes. Los directores independientes son aquellos seleccionados por su

trayectoria profesional, honorabilidad, suficiencia e independencia económica y desvinculación con la sociedad, sus accionistas o directivos.

El director independiente propuesto declara su condición de independiente ante la sociedad, sus accionistas y directivos. Del mismo modo, el Directorio declara que el candidato es independiente, no solo sobre la base de sus declaraciones sino de las indagaciones que ha realizado.

Principio 20: Operatividad del Directorio

El Directorio cuenta con un plan de trabajo que contribuye a la eficiencia de sus funciones. El número y la programación de las sesiones ordinarias permiten cumplir adecuadamente con dicho plan de trabajo y efectuar el debido seguimiento del desempeño de la sociedad en sus aspectos relevantes.

La sociedad brinda a sus directores los canales y procedimientos necesarios para que puedan participar eficazmente en las sesiones de Directorio, inclusive de manera no presencial. El presidente del Directorio vela para que los directores reciban información suficiente previamente a las sesiones.

El Directorio evalúa regularmente y de manera objetiva, al menos una vez al año, su desempeño como órgano colegiado y el de sus miembros. Es recomendable que en dicha evaluación se alterne la metodología de la autoevaluación con la evaluación realizada por asesores externos.

Principio 21: Comités especiales

El Directorio de la sociedad conforma, entre sus miembros, comités especiales que se enfocan en el análisis de aquellos aspectos más relevantes para el desempeño de la sociedad, tales como auditoría, nombramientos y retribuciones, riesgos, gobierno corporativo, entre otros. El número de comités que se instauren depende de la dimensión de la sociedad y la naturaleza de sus negocios, contando como mínimo con un Comité de Nombramientos y Retribuciones, y un Comité de Auditoría.

Los comités especiales están liderados por directores independientes. La sociedad asigna a los comités especiales un presupuesto que les permite decidir sobre la eventual contratación de asesores externos cuando lo consideren necesario para el desempeño de sus funciones.

El Directorio aprueba los reglamentos que rigen a cada uno de los comités especiales que constituye.

Principio 22: Código de Ética y conflictos de interés

La sociedad cuenta con un Código de Ética que es exigible a sus directores, gerentes, funcionarios y demás colaboradores de la sociedad, el cual comprende criterios éticos y de responsabilidad profesional, incluyendo el manejo de potenciales casos de conflictos de

interés. La sociedad adopta medidas para prevenir, detectar, manejar y revelar conflictos de interés que puedan presentarse.

Los directores se abstienen de votar o participar en cuestiones que podrían significarle un conflicto de interés. El Directorio es responsable de realizar seguimiento y control de los posibles conflictos de interés que surjan en el Directorio.

Los miembros del Directorio y la Alta Gerencia se encuentran prohibidos de recibir préstamos de la sociedad o de cualquier empresa de su grupo económico, siempre que no se trate de una institución financiera, a menos que cuenten con autorización previa del Directorio.

La sociedad designa a un responsable para el seguimiento del cumplimiento del Código de Ética, quien lleva un ordenado registro de los incumplimientos de las disposiciones establecidas en dicho código y responde directamente ante el gerente general.

El Directorio o la Gerencia General fomentan y aprueban programas de capacitación para el cumplimiento del Código de Ética.

La sociedad dispone de mecanismos que permiten efectuar denuncias correspondientes a cualquier comportamiento ilegal o contrario a la ética, garantizando la confidencialidad del denunciante. Cuando las denuncias estén relacionadas con aspectos contables o cuando la Gerencia General o la Gerencia Financiera estén involucradas, dichas denuncias se presentan directamente al Comité de Auditoría.

Principio 23: Operaciones con partes vinculadas

El Directorio establece políticas y procedimientos para la valoración, aprobación y revelación de determinadas operaciones entre la sociedad y partes vinculadas, incluyendo las operaciones intragrupo, así como para conocer las relaciones comerciales o personales, directas o indirectas, que los directores mantienen entre ellos, con la sociedad, con sus proveedores o clientes, y otros grupos de interés.

En el caso de operaciones de especial relevancia o complejidad, se puede considerar la intervención de asesores externos independientes para su valoración.

Principio 24: Funciones de la Alta Gerencia

Existe separación entre la administración o gobierno ejercido por el Directorio, la gestión ordinaria a cargo de la Alta Gerencia y el liderazgo del gerente general, mediante una política clara de delimitación de funciones. Las designaciones para los cargos de gerente general y presidente de Directorio recaen en diferentes personas.

La Alta Gerencia cuenta con autonomía suficiente para el desarrollo de las funciones asignadas, dentro del marco de políticas y lineamientos definidos por el Directorio, y bajo su control. La Alta Gerencia actúa según los mismos principios de diligencia, lealtad y reserva que mantiene el Directorio.

La Gerencia General es responsable del sistema de gestión de riesgos, en caso que no exista una Gerencia de Riesgos, así como de cumplir y hacer cumplir la política de entrega de información oportuna al Directorio y a sus directores para que estos adopten decisiones debidamente informadas y se mantengan al tanto de los principales hechos que atañen a la sociedad.

El Directorio evalúa, con periodicidad anual, el desempeño de la Gerencia General en función de estándares bien definidos.

El Comité de Nombramientos y Retribuciones aprueba el sistema de remuneraciones e incentivos de la Alta Gerencia. La remuneración de la Alta Gerencia tiene un componente fijo y uno variable, que toman en consideración los resultados de la sociedad, basados en una asunción prudente y responsable de riesgos, y el cumplimiento de las metas trazadas en los planes respectivos.

Pilar IV: Riesgo y Cumplimiento

Principio 25: Entorno del sistema de gestión de riesgos

El Directorio aprueba una política de gestión integral de riesgos de acuerdo con el tamaño y complejidad de la sociedad; define los roles, responsabilidades y líneas de reporte que correspondan; y promueve una cultura de riesgos al interior de la sociedad, desde el Directorio y la Alta Gerencia hasta los propios colaboradores. En el caso de grupos económicos, dicha política alcanza a todas las empresas integrantes del grupo y permite una visión global de los riesgos críticos.

La Gerencia General supervisa periódicamente los riesgos a los que se encuentra expuesta la sociedad y los pone en conocimiento del Directorio. El sistema de gestión integral de riesgos permite la identificación, medición, administración, control y seguimiento de riesgos.

El Directorio de la sociedad es responsable de la existencia de un sistema de control interno y externo, así como de supervisar su eficacia e idoneidad. Para tal efecto, constituye un Comité de Auditoría.

Principio 26: Auditoría interna

El auditor interno realiza labores de auditoría en forma exclusiva, cuenta con autonomía, experiencia y especialización en los temas bajo su evaluación, e independencia para el seguimiento y la evaluación de la eficacia del sistema de gestión de riesgos, debiendo observar los principios de diligencia, lealtad y reserva que se exigen al Directorio y la Alta Gerencia.

Sus funciones incluyen la evaluación permanente de que toda la información financiera generada o registrada por la sociedad sea válida y confiable, así como la verificación que la función de cumplimiento normativo sea ejercida eficazmente.

El auditor interno reporta directamente al Comité de Auditoría sobre sus planes, presupuesto, actividades, avances, resultados obtenidos y acciones tomadas. El auditor interno depende organizativamente del Directorio, por lo que su nombramiento y cese corresponde al Directorio a propuesta del Comité de Auditoría.

Principio 27: Auditores externos

La auditoría externa financiera realiza evaluaciones sobre la efectividad y operatividad del sistema de control interno, especialmente con el propósito de evaluar el riesgo de que puedan existir errores en la información financiera de la sociedad.

La Junta General de Accionistas, a propuesta del Directorio, designa a la sociedad de auditoría o al auditor independiente, los que mantienen una clara independencia con la sociedad.

La sociedad mantiene una política de renovación de su auditor independiente o de su sociedad de auditoría. El equipo de trabajo de la sociedad de auditoría rota como máximo cada cinco años, en caso dicha política establezca plazos de renovación mayores. En caso de grupos económicos, es recomendable que el auditor externo sea el mismo para todo el grupo, incluidas las filiales off-shore.

El Directorio podrá acordar la contratación de la sociedad de auditoría o el auditor independiente para la realización de otros servicios diferentes de los de la propia auditoría de cuentas, lo que será informado a la Junta General de Accionistas, incluyendo el porcentaje de la facturación que dichos servicios representan sobre la facturación de la auditoría.

El Comité de Auditoría supervisa el trabajo de la sociedad de auditoría o el auditor independiente, así como el cumplimiento de las normas de independencia legal y profesional.

Pilar V: Transparencia de la información

Principio 28: Política de información

El Directorio establece en el documento societario respectivo una política de información para los accionistas, inversionistas, demás grupos de interés y el mercado en general, con la cual define de manera formal, ordenada e integral los lineamientos, estándares y criterios que se aplicarán en el manejo, recopilación, elaboración, clasificación, organización y/o distribución de la información que genera o recibe la sociedad.

La política de información abarca toda aquella que pudiera influir en las decisiones económicas de sus usuarios, tales como los objetivos de la sociedad, la lista de los miembros del Directorio y de la Alta Gerencia, la estructura accionaria, la descripción del grupo económico al que pertenece y los estados financieros, entre otros.

El Directorio vela porque la información sea suficiente, veraz y entregada de manera oportuna y equitativa.

La sociedad mantiene una oficina de relación con inversionistas responsable de atender las solicitudes de información, tanto de los accionistas como del público en general. Del mismo modo, la información que se brinda está sujeta a supervisión por un área o instancia facultada a este efecto dentro de la sociedad.

Principio 29: Estados financieros y memoria anual

La sociedad elabora sus estados financieros ciñéndose a las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF), que emita el Consejo de Normas Internacionales de Contabilidad (International Accounting Standards Board, IASB) y que internacionalmente se encuentren vigentes.

El Directorio aprueba una vez al año la memoria anual de la sociedad, la cual brinda, entre otros aspectos, opiniones u observaciones sobre su desempeño financiero, factores de riesgo relevantes, acontecimientos significativos para la sociedad, relaciones con partes vinculadas y los efectos de las disposiciones o acuerdos de la Junta General de Accionistas.

Principio 30: Información sobre estructura accionaria y acuerdos entre los accionistas

La sociedad revela la estructura de propiedad, considerando las distintas clases de acciones y, de ser el caso, la participación conjunta de un determinado grupo económico.

La sociedad informa sobre los convenios o pactos entre accionistas, incluyendo casos en los que se podría ejercer un control proporcionalmente superior al que deriva de la participación accionaria, así como aquellos asociados a posibles cambios de las reglas internas o estatutarias de la sociedad.

Principio 31: Informe de gobierno corporativo

La sociedad divulga los estándares adoptados en materia de gobierno corporativo en un informe anual, de cuyo contenido es responsable el Directorio, previo informe del Comité de Auditoría, del Comité de Gobierno Corporativo, o de un consultor externo, de ser el caso.

Anexo A

Principios complementarios para Empresas de Propiedad del Estado (EPE)

Pilar I: Derechos de los accionistas

Principio E1: Régimen de transferencia de acciones

El régimen de transferencia de acciones de la EPE se encuentra claramente determinado, incluye el mecanismo de venta de acciones y sus reglas de valorización, y es de conocimiento público.

En cualquier proceso de transferencia de acciones, la EPE asegura una ejecución transparente de la operación, velando, por igual, por el derecho de todos los accionistas.

Cuando la transacción pueda llevar a que el Estado deje de ser propietario de la EPE, se da a conocer al mercado información suficiente sobre los fundamentos e implicancias, así como acerca de las condiciones y características de la operación a realizar.

Principio E2: Tratamiento equitativo de accionistas

La EPE cuenta con una política para el tratamiento equitativo de los accionistas, siendo el Directorio el responsable de su aprobación. Asimismo, dicha política aprobada por el Directorio, así como su cumplimiento, es informada a la Junta General de Accionistas.

Pilar II: El Directorio y la Gerencia

Principio E3: Solución de conflictos

La EPE cuenta con una política general de solución de conflictos, la que aplica con sus diferentes grupos de interés, e incorpora sus mecanismos dentro de los contratos que celebra con terceros cuando la evaluación de su costo-beneficio así lo sugiera. Este principio prevalece sobre el principio 7 del presente código.

Principio E4: Elección de directores

El proceso de elección de los miembros del Directorio es transparente, para tal efecto se divulgan tanto los perfiles sobre las características o competencias buscadas, así como sobre las reglas y condiciones aplicables para la postulación, evaluación y designación de los referidos miembros.

Similarmente, las causales y mecanismos para el cese de los directores se encuentran determinadas y son de conocimiento público.

Principio E5: Conformación del Directorio

La EPE favorece la integración del Directorio con miembros independientes que provienen del sector privado, no tienen vinculación política con el Gobierno y carecen de relaciones de gestión o propiedad con las diferentes entidades públicas relacionadas con la EPE.

Principio E6: Código de ética

El Directorio, como parte de su labor de seguimiento de la aplicación del Código de Ética, fomenta y supervisa su cumplimiento.

Pilar III: Riesgo y cumplimiento

Principio E7: Sistema de gestión de riesgos

La EPE cuenta con un sistema efectivo de gestión integral de riesgos que permite la identificación y evaluación oportuna de los riesgos que enfrenta la EPE en sus distintos procesos. El Directorio es responsable de dictar las políticas sobre dicho sistema y de realizar un seguimiento sobre su aplicación. Como parte de dicho sistema, la EPE identifica, evalúa y establece medidas para la administración o control de los diferentes riesgos que afronta.

Pilar IV: Transparencia de la información

Principio E8: Divulgación de información

La EPE incorpora dentro de la información que difunde regularmente como mínimo los siguientes aspectos:

- a) Los objetivos que mantiene.
- b) La política de endeudamiento que aplica, de ser el caso.
- c) Las transacciones que ha realizado con otras EPE, las cuales consigna como parte de sus estados financieros.
- d) Encargos recibidos de su sector o de otra entidad del Estado.
- e) Los principales factores de riesgo que enfrenta.
- f) Las políticas y normas que emita la matriz.

Anexo B

Principios complementarios para Sociedades Familiares¹

Pilar I: Derechos de los accionistas

Principio F1: Estructura de gobierno familiar y protocolo familiar

Las sociedades familiares cuentan con una estructura de gobierno claramente definida y adecuada a la realidad familiar, la que se refleja en el protocolo familiar.

El protocolo familiar contiene la visión, misión, valores, condiciones y reglas en la forma de relacionarse económica y profesionalmente entre la familia, los accionistas y la sociedad, incluidas las limitaciones asociadas a tal interrelación; las medidas para prevenir, detectar, manejar y revelar los conflictos de interés que se presenten; y los posibles roles de los miembros de la familia en la conformación y distribución de funciones dentro de los órganos de gobierno de la sociedad.

En aspectos de propiedad el protocolo familiar señala, entre otros aspectos, las políticas de participación accionaria para los miembros de la familia; las reglas a aplicar cuando miembros de la familia transfieren sus acciones; así como los mecanismos de resolución de controversias que aplicarán entre sí los miembros de la familia cuando se trate de intereses relacionados con la sociedad.

El protocolo familiar establece el período en que es revisado para adaptarlo a las necesidades y cambios de la familia y la sociedad.

Principio F2: Asamblea Familiar

Se cuenta con una Asamblea Familiar cuya función principal es la de orientar y conciliar las posiciones de los miembros de la familia relacionadas con la propiedad o gestión de la sociedad, estableciendo políticas para preservar los intereses comunes a largo plazo.

La Asamblea Familiar sesiona al menos una vez al año para informar, analizar y deliberar acerca de los principales aspectos que les sean de interés común asociados al desempeño y perspectivas de la sociedad, así como para conocer o tomar decisiones relacionadas con el protocolo familiar y sus distintos componentes.

Todos los integrantes de la Asamblea Familiar tienen los mismos derechos y un solo voto, sin importar su participación accionaria dentro de la sociedad o su vínculo familiar. En los casos que se consideren condiciones especiales para ser miembro de la Asamblea Familiar, aquellas se incorporan en el protocolo familiar.

¹ Como referencia del concepto y alcance de Empresa Familiar, se toma la definición de la IFC (*International Finance Corporation*), incorporada en su *Manual IFC de Gobierno de Empresas Familiares*: “Una empresa familiar será aquella compañía donde la mayoría de los votos está en manos de la familia controladora, incluyendo al(a los) fundador(es), que busca traspasar la empresa a sus descendientes.”

Principio F3: Consejo Familiar

Las sociedades familiares cuentan con un Consejo Familiar, órgano encargado de ser el nexo principal entre la familia y el Directorio y la Gerencia de la sociedad. Como tal, se aboca principalmente a coordinar la ejecución de los acuerdos adoptados por la familia, respecto de la sociedad; participar en la elección de los miembros de la familia que serán propuestos para asumir responsabilidades directivas o gerenciales en la sociedad; resolver los posibles conflictos que surjan; y, en particular, suscribir y efectuar un seguimiento de la aplicación del protocolo familiar, propiciando su conocimiento y divulgación. Además, orienta y asesora a la Asamblea Familiar, así como puede servir como órgano consultivo del Directorio.

Este Consejo es elegido por la Asamblea Familiar y está conformado por miembros de la familia o por sus representantes. Su conformación y estructura está sujeta a reglas bien definidas, conforme con lo dispuesto en el protocolo familiar. Sesiona con debida frecuencia durante cada ejercicio anual.

Pilar II: El Directorio y la Gerencia

Principio F4: Gestión

En aspectos de gestión, el protocolo familiar señala, cuando menos, las políticas de participación y las limitaciones a observar por los miembros de la familia en la dirección y gestión de la sociedad. En particular, establece los criterios para propiciar el tratamiento equitativo entre los miembros de la familia y aquellos que no pertenecen a la familia, en cuanto desempeñen funciones de Directorio, de Alta Gerencia o de administración en general. Asimismo, se brinda preferencia a la selección de directivos y funcionarios en función de competencias, sin ser relevante para ello su condición de ser miembro de la familia.

Del mismo modo, el protocolo familiar estipula las condiciones y características para presentar candidatos como parte del plan de sucesión en el Directorio y la Gerencia de los miembros de la Familia, así como los criterios para proponer candidatos al Directorio, los que preferentemente deben ser independientes.

Principio F5: Independencia y operaciones con personas afines

El protocolo familiar, para los efectos de dirección y gestión, establece los alcances de la definición de independencia, tomando como base la aplicada por la sociedad y, de ser el caso, ampliando las limitaciones respecto de otros grados de parentesco por consanguinidad o afinidad con la familia.

El protocolo familiar regula las condiciones bajo las cuales los cónyuges y los parientes consanguíneos o por afinidad de los miembros de la familia participan como empleados, contratistas o clientes de la sociedad.

Pilar III: Riesgo y cumplimiento

Principio F6: Operaciones entre la sociedad y miembros de la familia

El protocolo familiar estipula las condiciones y mecanismos por los cuales el Consejo de Familia es informado regularmente sobre las operaciones o transacciones que realicen los miembros de la familia con la sociedad. Del mismo modo, establece las reglas por las cuales algunas de estas operaciones requieren conocimiento o aprobación previa del Consejo de Familia, así como la forma y oportunidad en que serán informadas a todos los miembros de la familia y a los accionistas que no pertenecen a la familia.

Pilar IV: Transparencia de la información

Principio F7: Canales de comunicación con la familia

El Consejo Familiar determina, de acuerdo con lo que se señale en el protocolo familiar, canales de comunicación necesarios para mantener a todos los miembros de la familia informados acerca del negocio, la estrategia, los desafíos y la dirección general en la que se mueve la sociedad.